

UiO : **Det juridiske fakultet**

Arbeidsgivers adgang til å kreve fratreden etter arbeidsmiljøloven § 15-11 annet ledd

Kandidatnummer: 653

Leveringsfrist: 25.04.2013

Antall ord: 17994



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Oppgavens tema	1
1.2	Et kort tilbakeblikk på utviklingen av rettsstilstanden i Norge	2
1.3	Retten til å fortsette i stillingen – et politisk omstridt spørsmål	3
1.4	Avgrensninger	5
2	VILKÅRENE FOR Å STÅ I STILLING	8
2.1	Arbeidstakere som vernes av retten til å stå i stilling	8
2.2	Retten til å stå i stillingen mens forhandlinger pågår	9
2.3	Rett til å stå i stillingen under domstolsbehandlingen	11
2.3.1	Generelt	11
2.3.2	Tidsfrister	12
2.3.3	Øvrige krav	17
2.3.4	Rettsforholdet mellom partene når arbeidstaker fortsetter i sin stilling	21
3	ARBEIDSGIVERS ADGANG TIL Å BEGJÆRE FRATREDEN ETTER AML. § 15-11 ANNET LEDD ANNET PUNKTUM	24
3.1	Innledende bemerkninger – hensyn bak regelen	24
3.2	Når krav om fratrede kan fremsettes	25
3.3	Urimelighetsvurderingen	26
3.3.1	Innledning	26
3.3.2	Særlig om bakgrunnen for oppsigelsen	29
3.3.3	Særlig om sakens sannsynlige utfall	44
3.3.4	Hensynet til de øvrige ansatte	47
3.3.5	Konsekvensene for partene – herunder partenes økonomiske belastning	49
3.3.6	Øvrige momenter	52
3.4	Virkningene av at arbeidsgiver får medhold i sin begjæring - frist for fratrede	53

3.4.1	Utgangspunktet	53
4	ENKELTE PROBLEMSTILLINGER KNYTTET TIL ANKEADGANG	55
5	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	58
	LITTERATURLISTE	63

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Et arbeidsforhold består som den klare hovedregel frem til arbeidsforholdet er sagt opp og oppsigelsesfristen er utløpt, eller med øyeblikkelig virkning dersom arbeidstaker avskjediges. Ved oppsigelse innebærer dette at arbeidstaker har en plikt og en rett til å utføre sitt arbeid i oppsigelsestiden. Arbeidsgiver har på sin side en plikt til å motta arbeidsytelsen og til å utbetale lønn. Rettighetene og pliktene som er basert på arbeidsavtalen vil som hovedregel opphøre ved utløpet av oppsigelsestiden.

Arbeidsmiljøloven, (heretter aml.), åpner imidlertid for at arbeidsforholdet kan fortsette også etter utløpet av oppsigelsestiden dersom arbeidstaker benytter seg av retten til å stå i stillingen. Retten utgjør en av bærebjelkene i lovens stillingsvernregler og er gitt for å effektivisere arbeidstakers vern mot usaklige oppsigelser. I et internasjonalt perspektiv er dette regler av nokså særegen art. Oppgaven tar sikte på å redegjøre for vilkårene for retten til å stå i stillingen. Dette innebærer dessuten at rekkevidden av retten vil være et sentralt aspekt.

Det rettslige utgangspunktet er aml. § 15-11 som gir arbeidstaker rett til å stå i stillingen dersom oppsigelsens gyldighet bestrides, jf. § 15-11 første og annet ledd.¹ Arbeidstaker gis rett til å stå i stillingen også etter endt oppsigelsestid, såfremt saken fortsatt er til behandling. Denne retten er av vesentlig betydning for arbeidstaker. Hovedhensynene bak regelen er å sikre kontinuitet i arbeidsforholdet, og å gjøre det lettere å fastholde stillingen dersom oppsigelsen senere blir tilsidesatt.² Videre sikres arbeidstaker lønn mens oppsigelses-

¹ Retten til å stå i stillingen må ses i sammenheng med ugyldighetsvirkningen i § 15-12 første ledd. Bestemmelsen lyder: «Dersom oppsigelsen er i strid med § 15-6 til § 15-10, skal retten etter påstand fra arbeidstaker, kjenne oppsigelsen ugyldig.»

² Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 235.

saken behandles. I praksis innebærer bestemmelsen også at arbeidstaker gis en forsterket forhandlingsposisjon i forhold til arbeidsgiver ved forhandlinger om sluttavtaler som et alternativ til å stå i stillingen.³ Endelig vil retten til å stå i stilling ivareta arbeidstakers behov for å ha en jobb å gå til. I tillegg til å være en kilde til inntekt anses arbeidet i seg selv av lovgiver som et selvstendig gode.⁴

For å sikre at arbeidstaker får kjennskap til retten følger det av § 15-4 annet ledd bokstav a) til d) at oppsigelsen skal inneholde opplysninger om forhandlingsretten, retten til å stå i stilling og retten til å anlegge søksmål. Videre skal det opplyses om fristene tilknyttet forhandlinger og søksmål, og hvem som er rett saksøkt i en eventuell tvist. Dersom oppsigelsen ikke inneholder disse opplysningene, innebærer dette et brudd på lovens formkrav. Konsekvensen av en formuriktig oppsigelse er at fristene for å reise søksmål etter § 17-4 ikke gjelder, jf. § 17-4 femte ledd tredje punktum. En annen virkning er at oppsigelsen som utgangspunkt skal kjennes ugyldig dersom søksmål reises innen fire måneder fra oppsigelsen fant sted, jf. § 15-5 første ledd. I praksis betyr dette at arbeidsgiver som ikke overholder formkravene risikerer at arbeidstaker reiser søksmål og krever å stå i stilling lenge etter at oppsigelsen er gitt.

1.2 Et kort tilbakeblikk på utviklingen av rettstilstanden i Norge

Retten til å fortsette i stillingen ble innført i Norge med arbeidsmiljøloven av 1977, etter mønster av svensk rett. Etter lov om arbeidervern av 19. juni 1936 måtte arbeidstaker fratre etter endt oppsigelsestid. Arbeidstaker hadde ikke rettskrav på å tre inn i stillingen igjen, med mindre arbeidsgiver tilbakekalte oppsigelsen. Dersom oppsigelsen var usaklig var arbeidstaker henvist til å kreve erstatning, jf. daværende lov § 33 nr. 3.

³ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 464. Her fremheves at mange tvister løses uten domstolsbehandling, blant annet ved at arbeidsgiver heller betaler seg ut av situasjonen gjennom sluttpakker enn å la arbeidstaker fortsette i stillingen til tvisten er løst.

⁴ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 51

Arbeidervernloven fra 1956 hadde samme hovedregel som 1936-loven, men med den endring at det ble åpnet for at retten, etter krav fra arbeidsgiver, kunne dømme arbeidsgiver til å ta arbeidstaker inn i stillingen igjen. Vilkåret var at «...dette finnes rimelig», jf. § 43 nr. 1 annet ledd.⁵ I praksis innebar den gamle rettstilstanden at arbeidstaker etter utløpet av oppsigelsestiden var tvunget til å skaffe seg nytt arbeid etter fratreden. I mange tilfeller ville det være upraktisk å reise søksmål om det tidligere ansettelsesforhold når arbeidstaker hadde etablert seg i ny jobb. Etableringen av dagens ordning førte til en kraftig økning i antall søksmål om usaklige oppsigelser.⁶

1.3 Retten til å fortsette i stillingen – et politisk omstridt spørsmål

Utviklingen frem til i dag har gått i retning av en mer arbeidstakervennlig lovgivning. Imidlertid er retten til å stå i stillingen stadig gjenstand for politisk debatt mellom representanter fra arbeidstaker- og arbeidsgiversiden.

For arbeidsgiver kan denne retten innebære betydelige lønnskostnader under sakens behandling. Til tross for de særlige prosessregler på arbeidsrettens område⁷, har disse sakene ofte lang saksbehandlingstid. Vanskeligheter for arbeidsgiver viser seg særlig hvor virksomheten av økonomiske årsaker blir nødt til å sette i verk omstillingsprosesser. Et for sterkt vern av arbeidstaker kan i slike situasjoner virke hemmende på bedriftenes muligheter til å foreta nødvendige endringer.⁸ I praksis blir tvister om oppsigelsers gyldighet ofte løst ved at arbeidsgiver tilbyr arbeidstaker sluttpakker mot fratreden i stedet for at saken løses ved domstolene. Arbeidsgiver har i realiteten valget mellom å betale lønn til arbeids-

⁵ Dege (2009) s. 1253

⁶ Johansen (2011) s. 778

⁷ Etter aml. § 17-1 fjerde ledd, jf. § 17-4 har retten en plikt til å påskynde slike saker. Om nødvendig skal sakene berammes utenom tur.

⁸ NOU 2004:5 s. 289

taker frem til rettskraftig dom, eller å betale en engangssum mot fratreden. I begge tilfeller kan det dreie seg om ikke ubetydelige beløp for arbeidsgiver. Fra arbeidsgivers side anføres det gjerne at næringslivet i dagens globale verden i stadig større grad må kunne tilpasse bemanningen raskt i forhold til de rammevilkår markedet setter. Fra denne synsvinkelen kan det derfor hevdes at arbeidstaker med retten til å fortsette i stillingen er gitt et for sterkt forhandlingskort.

På arbeidstakersiden anføres det derimot at retten til å stå i stillingen er selve kjernen i stillingsvernet. Skulle det senere vise seg at oppsigelsen ikke var gyldig, kan arbeidstakers mulighet til å gå tilbake til sin stilling være tapt, for eksempel hvis stillingen har blitt besatt av en annen i mellomtiden.⁹ Arbeidstaker gis med denne retten et sterkere utgangspunkt som gjør det lettere å faktisk ivareta sine rettigheter. Det viktigste for arbeidstaker i et arbeidsforhold er retten til lønn og verdien av å ha et arbeid å gå til. Med retten til å fortsette i stillingen blir begge disse hensynene ivaretatt.

Ved forberedelsene til 2005-loven fremmet flertallet i arbeidslivslovutvalget forslag om å snu hovedregelen i de tilfeller hvor oppsigelsen ble kjent gyldig i tingretten og dommen ble påanket. Dette ville innebære at arbeidstaker i ankeomgangen ble nødt til å kreve rettens kjennelse for å stå i stillingen. Bakgrunnen for forslaget var å gjøre de økonomiske konsekvenser for arbeidsgiver mer forutberegnelige i de tilfeller arbeidstaker benyttet sin rett til å stå i stilling. Dels ønsket man også reduksjon i disse kostnadene.¹⁰

Mindretallets hovedinnvending til en slik regel var at arbeidstakers mulighet til å gjeninntrø i stillingen hvor lagmannsretten kom til at oppsigelsen var ugyldig, ville bli vesentlig vanskeliggjort.¹¹

⁹ Jakhell (2006) s. 930-931

¹⁰ NOU 2004: 5 s. 331

¹¹ I.c.

Basert på innstillingen fra arbeidslivslovutvalget, vedtok Bondevik-regjeringen at hovedregelen skulle snus i ankeomgangen. Stoltenberg-regjeringen opphevet siden regelen i § 15-11 tredje ledd om at arbeidstaker ikke skulle ha rett til å fortsette i stillingen under ankebehandlingens dersom dommen fastslo at oppsigelsen var gyldig.¹² Dette ble gjort ved endringslov av 21. desember 2005 nr. 121 før loven trådte i kraft. Hovedregelen fra 1977-loven ble videreført slik at retten til å fortsette i stillingen gjelder frem til rettskraftig dom foreligger. Dersom det blir et regjeringsskifte etter valget i september, kan det tenkes at vi vil se en endring i retning av mer arbeidsgivervennlige regler på dette området.

1.4 Avgrensninger

I denne oppgaven er temaet aml. § 15-11 annet ledd annet og tredje punktum, som regulerer arbeidsgivers adgang til å begjære fratreden. Hovedregelen om arbeidstakers rett til å stå i stilling etter første ledd og annet ledd første punktum, er en naturlig del av denne fremstillingen.¹³ For så vidt gjelder bestemmelsens tredje til femte ledd gis det nedenfor en kort presentasjon.

Av tredje ledd følger at retten til å stå i stilling ikke gjelder for avskjediget arbeidstaker, ved tvist om oppsigelse i prøvetiden, for innleid arbeidstaker eller midlertidig ansatte. Utgangspunktet for disse arbeidstakergrupper er snudd, slik at hovedregelen er at de ikke har rett til å stå i stillingen. Unntaksvis kan retten etter krav fra arbeidstaker bestemme at arbeidstaker likevel skal få stå i stillingen såfremt søksmål er reist innen gjeldende frister. Bakgrunnen for at avskjediget arbeidstaker gis adgang til å kreve rett til å stå i stillingen er

¹² Ot.prp.nr. 24 (2005-2006) s. 5

¹³ For fullstendighetens skyld bemerkes at tjenestemannsloven har liknende regler om rett til å fortsette i stillingen for ansatte i statens tjeneste, jf. lovens § 19. Arbeidsgiver kan videre kreve at retten ved kjennelse bestemmer at oppsigelsesvedtaket skal iverksettes før saken er rettskraftig avgjort. En nærmere redegjørelse for disse reglene ligger utenfor oppgavens ramme.

at man ønsker å hindre omgåelse av § 15-11 annet ledd ved at arbeidsgiver benytter avskjedigelse i stedet for oppsigelse når vilkårene for avskjed ikke foreligger.¹⁴

Fjerde ledd regulerer rettsforholdet for deltakere i arbeidsmarkedstiltak, i regi av eller i samarbeid med Arbeids- og velferdsetaten, som sies opp på grunn av at denne skaffes ordinært arbeid, blir overført til annet tiltak, eller dersom tiltaket avsluttes. For disse arbeidstakere gjelder ikke retten til å stå i stillingen.

Femte ledd har regler som gir arbeidstaker som urettmessig er utestengt fra arbeidsstedet etter utløp av oppsigelsestiden, eller i tidsrommet for arbeidsavtalen, rett til å gjeninntre i stillingen om arbeidstaker ber om dette innen angitte frister.

Et praktisk viktig og juridisk sett spennende spørsmål er arbeidsgivers adgang til å frata arbeidstaker arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden. Gjennom rettspraksis er det utviklet en ulovfestet unntaksregel som gir arbeidsgiver mulighet til å frata arbeidstaker arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden. Dette ble slått fast i Rt. 2009 s. 1183, Investeringsrådverkjennelsen. Saken gjaldt en investeringsrådsgiver som ble sagt opp da han ikke lenger nøt den tillit hos sine kollegaer og investorene, som var nødvendig for utøvelse av stillingen. Ankeutvalget kom til at arbeidsgiver kunne frata arbeidstaker retten til å utføre arbeidsoppgaver, men ikke retten til lønn. I kjennelsen oppstilles to vilkår for at unntaksregelen skal komme til anvendelse. For det første må vilkåret i § 15-11 annet ledd være oppfylt. Det må være «...urimelig...» at arbeidsforholdet opprettholdes. For det andre må det som tilleggsvilkår foreligge «...særlig tungtveiende grunner...».

Dette er senere fulgt opp av to kjennelser av Borgarting lagmannsrett, LB-2010-152755 (Vestre Viken HF) og LB-2011-41034 (Østfold sykehus HF). Hans Jørgen Bender har i sin artikkel «*Rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden*», tatt til orde for at kjennelsene samlet

¹⁴ Evju (1980) s. 344

gir uttrykk for at det må foreligge forhold på arbeidstaker side som skaper en risiko for betydelige skadevirkninger. Det er etter dette tale om en meget snever unntaksadgang. Oppgavens ramme tillater ikke en nærmere drøftelse av dette temaet.

2 Vilkårene for å stå i stilling

2.1 Arbeidstakere som vernes av retten til å stå i stilling

Hvilke arbeidstakere som har rett til å stå i stilling følger av aml. § 15-11 første ledd. Bestemmelsen lyder som følger: «Ved tvist om et arbeidsforhold lovlig er brakt til opphør etter reglene i § 15-7 kan arbeidstaker fortsette i stillingen så lenge forhandlinger pågår etter § 17-3». Det er kun arbeidstakere som bestrider en oppsigelse gitt i medhold av § 15-7 som har rett til å fortsette i stillingen etter hovedreglene i § 15-11 første og annet ledd. § 15-7 regulerer adgangen til oppsigelse av arbeidstakere. Således er det arbeidstakere som er meddelt oppsigelse i medhold av aml. § 15-7 som etter hovedregelen kan påberope seg rett til å fortsette i stilling. Etter aml. (1977) § 61 nr. 4 første ledd var rettstilstanden den at arbeidstaker kunne kreve å stå i stilling i alle tilfeller hvor et eksisterende eller tidligere arbeidsforhold var brakt til opphør. Dette gjaldt uavhengig av hvem av partene som hadde initiert opphøret. Av forarbeidene til 2005-loven følger at dette fortsatt er gjeldende rett.¹⁵ En slik rettstilstand har gode grunner for seg, all den tid det i realiteten i disse sakene ofte legges til grunn at egenoppsigelse er foranlediget av forhold på arbeidsgivers side, jf. Rt. 1995 s. 555.

Ved tvist om en bedriftsintern aldersgrense er gyldig vil arbeidstaker ikke ha rett til å fortsette i stillingen. I Rt. 2011 s. 974 behandlet Høyesterett spørsmålet om en ansatt i Gjensidige som var meddelt oppsigelse da hun hadde nådd aldersgrensen på 67 år, kunne påberope seg retten til å stå i stillingen. Om dette uttalte Høyesterett:

«I normaltilfellene er det gode grunner for at arbeidsgiver kan følge den forenklede prosedyren for fratreden som er fastlagt i § 15-13 a, både ved oppnådd 70 års alder og ved fratreden ved aldersgrenser fastsatt på annet grunnlag. Sammenhengen i regelverket kan tilsi at dette også bør gjelde for retten til å stå i stilling. En rett til å stå i

¹⁵ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 235

stillingen i disse sakene ville dessuten i praksis kunne redusere betydningen av slike aldersgrenser. På grunn av tiden det tar å få en rettskraftig avgjørelse om aldersgrensens gyldighet, ville arbeidstaker da ofte få rett til å fortsette i stillingen til fylte 70 år uavhengig av bedriftens aldersgrense ved tvist om denne».

Høyesterett påpekte at opphør av arbeidsforholdet på grunn av en bedriftsintern aldersgrense skiller seg fra vanlige oppsigelser, og konkluderte med at arbeidstakeren dermed ikke hadde rett til å stå i stilling.

2.2 Retten til å stå i stillingen mens forhandlinger pågår

Retten til å stå i stilling varer «...så lenge forhandlinger pågår etter § 17-3», jf. aml. § 15-11 første ledd. Hovedregelen er at arbeidstaker som enten bestrider gyldigheten av en oppsigelse etter § 15-7, eller gyldigheten av egen oppsigelse, har en ubetinget rett til å fortsette i stillingen gjennom hele forhandlingsfasen, frem til forhandlingenes avslutning. For at forhandlinger skal igangsettes må arbeidstaker kreve dette, jf. § 17-3 (1). Videre følger det av annet ledd at arbeidstaker skriftlig må underrette arbeidsgiver om sitt krav innen to uker fra oppsigelsen fant sted, jf. bokstav a). Utgangspunktet for fristberegningen er når oppsigelsespåbudet har kommet frem til arbeidstaker, jf. avtaleloven § 2.¹⁶ Det er kun et krav om at arbeidstaker har hatt mulighet til å gjøre seg kjent med oppsigelsen, ikke at han rent faktisk har lest den.¹⁷ Av § 15-4 (2) følger at oppsigelse skal leveres til arbeidstaker personlig, eller sendes i rekommandert brev. I sistnevnte tilfelle regnes oppsigelsen for å være kommet frem når meldeseddel er kommet i arbeidstakers postkasse, og når arbeidstaker har hatt rimelig tid til å hente sendingen.¹⁸

¹⁶ Dalheim (2010) note 687

¹⁷ Fougner (2006) s. 1032

¹⁸ Dalheim (2010) note 687

Når arbeidstaker har fremsatt sitt krav plikter arbeidsgiver å sørge for at forhandlingsmøte blir holdt, jf. § 17-3 (3). Dette skal skje «...snarest mulig og senest to uker etter at kravet er mottatt». Toukersfristen er kun en ordensregel som er gitt for å sikre raskest mulig avklaring for begge parter. Konsekvensen av at fristen oversittes er at søksmålsfristen i § 17-4 annet ledd forskyves tilsvarende.¹⁹ Loven oppstiller ingen krav til innholdet i forhandlingsmøtet, men etter lovens ordlyd kreves at det avholdes et møte. Det ligger forutsetningsvis i bestemmelsen at det skal føres forhandlinger om oppsigelsen, men i enkelte tilfeller er forholdet så tilspisset mellom partene at det vil være formålsløst å føre forhandlinger. For disse tilfellene antas at arbeidsgivers plikt er oppfylt i og med at arbeidsgiver arrangerer et møte hvor partene kun konstaterer at de ikke har noe å forhandle om.²⁰ Til ytterligere illustrasjon vises det til Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt. 1997 s. 1425.

Det følger videre av § 17-3 femte ledd annet punktum at forhandlingene som hovedregel skal være sluttført «...senest to uker etter datoen for første forhandlingsmøte, med mindre partene blir enige om å fortsette forhandlingene». Formålet er å sikre en forholdsvis rask avvikling av forhandlingene av hensyn til sakens videre fremdrift.²¹ Videre skal bestemmelsen hindre at noen av partene forsinker saken.²² Partene kan bli enige om å fortsette forhandlingene, og loven inneholder ingen absolutt frist for når forhandlingene skal være sluttført.

Som oftest vil oppsigelsesfristen fremdeles løpe når forhandlingene avsluttes. Retten til å stå i stilling under forhandlingene vil da ikke ha selvstendig betydning. På den annen side kan retten til å stå i stillingen under forhandlingene unntaksvis innebære at arbeidstaker kan fortsette i stillingen etter utløpet av oppsigelsestiden. Dette vil kunne være tilfelle hvor lo-

¹⁹ Dalheim (2010) note 692

²⁰ Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s. 73

²¹ Jakhelln (2006) s. 1119

²² Dalheim (2010) note 694

vens oppsigelsestid på en måned²³ gjelder mellom partene. Dersom arbeidstaker sies opp den 30 eller 31 i måneden vil fristen for å kreve forhandlinger utløpe to uker senere, jf. § 17-3 annet ledd, bokstav a). Arbeidsgiver har deretter en frist på to uker til å igangsette forhandlingene etter bestemmelsens tredje ledd. Allerede etter dette tidspunkt vil oppsigelsesfristen kunne være utløpt, men arbeidstaker har rett til å fortsette i sin stilling til forhandlingene er sluttført. Her er det viktig at arbeidstaker som ønsker å fortsette i stillingen også etter forhandlingsfasen reiser søksmål, eller varsler om at søksmål vil bli reist før utløpet av oppsigelsestiden. Dette behandles nærmere under punkt 2.3.2.2.

Som følge av reglene i § 15-11 annet ledd første punktum, og retten og plikten til å arbeide i oppsigelsestiden, vil retten til å fortsette i stillingen under forhandlingene kun ha selvstendig betydning i de tilfeller hvor forhandlingene avsluttes etter oppsigelsestiden, og fristene i § 17-4 femte ledd er oversittet.²⁴

2.3 Rett til å stå i stillingen under domstolsbehandlingen

2.3.1 Generelt

Retten til å fortsette i stilling etter at forhandlingene er sluttført og frem til rettskraftig avgjørelse, følger av aml. § 15-11 annet ledd første punktum: «Dersom søksmål reises innen de frister som følger av § 17-4, kan arbeidstaker fortsette i stillingen». I motsetning til retten til å stå i stilling under forhandlingene, er retten etter annet ledd altså betinget.

Reglene i § 15-11 annet ledd må ses i sammenheng med § 15-12 som regulerer virkningene av usaklig oppsigelse. Hovedregelen er at en oppsigelse som er i strid med § 15-6 til § 15-10, skal kjennes ugyldig etter påstand fra arbeidstaker. Virkningene av dom for ugyldighet er at arbeidsforholdet består, og arbeidstaker har rett til å gjeninntre i stillingen.

²³ Aml. § 15-3 første ledd

²⁴ Jakhell (2006) s. 931

2.3.2 Tidsfrister

2.3.2.1 Åtteukersfristen

Hovedregelen er at søksmål må reises innen åtte uker fra forhandlingenes avslutning, eller fra oppsigelsen fant sted dersom forhandlinger ikke har blitt holdt. For førstnevnte tilfelle er det derfor viktig at det ved protokollføringen i tilknytning til siste forhandlingsmøte, jf. § 17-3 siste punktum, sørges for at det fremkommer at forhandlingene er avsluttet.²⁵

Noen særlige problemstillinger kan oppstå i forbindelse med fristberegningen i forhold til forhandlingenes avslutning. For det første oppstår spørsmål om fristberegningen hvor krav om forhandlingsmøte er fremsatt rettidig, men hvor møtet faktisk ikke finner sted. Høyesteretts kjæremålsutvalg behandlet et slikt tilfelle i Rt. 2003 s. 385. Spørsmålet var om søksmålsfristen vedrørende gyldigheten av en avskjed var oversittet. I dette tilfelle hadde arbeidsgiver imøtegått arbeidstakers anmodning om utsettelse av forhandlingsmøtet slik at fristen ble oversittet. Kjæremålsutvalget uttalte: «Når arbeidstager krever forhandling og arbeidsgiver avslår dette, skal søksmålsfristen regnes fra det tidspunkt det ble klart at forhandlingene ikke ville finne sted...»

Et annet spørsmål som kan oppstå er om arbeidsgiver ved å gå inn i forhandlinger med arbeidstaker etter fristens utløp, samtidig samtykker i en forlenget søksmålsfrist. Spørsmålet er beslektet med tilfellet hvor arbeidsgiver ikke sørger for forhandlinger innen toukersfristen i § 17-3 (3), hvorpå søksmålsfristens utløp skyves frem i tid. I Rt. 2000 s. 1256 ble dette berørt, men ikke avgjort.²⁶ I teorien hevdes at forhandlinger som føres etter utløpet av åtteukersfristen normalt vil innebære at partene anses for å ha forlenget søksmålsfristen.²⁷

²⁵ Jakhelln (2006) s. 1122

²⁶ I.c.

²⁷ Fougner (2006) s. 1038

Hvor forhandlinger ikke er holdt beregnes fristen fra oppsigelsen fant sted, jf. § 17-4 femte ledd første punktum. Uttrykket «fra oppsigelsen fant sted.», må ut fra systembetraktninger forstås på samme måte som tilsvarende uttrykk i § 17-3 annet ledd, bokstav a. Det er her viktig å være klar over at fristens utgangspunkt er tidspunktet for oppsigelsen, selv om det av § 15-3 fjerde ledd følger at oppsigelsesfristen løper fra og med første dag i måneden etter at oppsigelsen fant sted. Fristdatoen beregnes i henhold til domstoloven §§ 148 og 149. Dette innebærer at hvor oppsigelsen ble gitt, eller forhandlingene ble avsluttet på en tirsdag, vil således fristen utløpe ved midnatt tirsdagen åtte uker senere. For det tilfellet at søksmål reises eller varsel om søksmål fremsettes per post, vil det avgjørende tidspunkt etter domstoloven § 146 annet ledd være postleggingsdagen, og ikke poststempelets dato.²⁸

2.3.2.2 «Innen utløpet av oppsigelsesfristen»

Søksmål må også være reist innen utløpet av oppsigelsesfristen, jf. § 17-4 femte ledd, første punktum. Arbeidstaker må med dette påse at begge frister overholdes. Hvor åtteukersfristen utløper før oppsigelsestiden er det åtteukersfristen som er avgjørende. Motsatt, dersom oppsigelsesfristen utløper før åtteukersfristen må søksmål eller varsel om søksmål mottas av arbeidsgiver innen oppsigelsestidens utløp.²⁹

Hvor oppsigelsesfristen er en måned, jf. § 15-3 (1), vil de ovennevnte regler i mange tilfeller innebære at søksmål må reises før forhandlingene er avsluttet, jf. to ukersfristen i § 17-3 annet og tredje ledd.³⁰ Dette er en lite heldig konsekvens. For slike tilfeller er det derfor etter § 17-4 femte ledd annet punktum tilstrekkelig at arbeidstaker innen utløpet av oppsigelsesfristen skriftlig underretter arbeidsgiver om at søksmål vil bli reist innen åtteukersfristen.

²⁸ Jakhelln (2006) s. 1118 og 1123

²⁹ Jakhelln (2006) s. 1122

³⁰ Dalheim (2010) note 700

Loven oppstiller ingen krav til søksmålsvarselet annet enn at det skal være skriftlig. Dette er begrunnet i notoritetshensyn. Hva som nærmere ligger i skriftlighetskravet gir verken loven eller forarbeidene anvisning på. Med dagens teknologi kan man i praksis tenke seg at arbeidstaker benytter både e-post og SMS for å sende varsel til arbeidsgiver. Spørsmålet om et elektronisk varsel vil stå seg i forhold til skriftlighetskravet må søkes løst utenfor arbeidsmiljølovens regler, jf. aml. § 17-1 første ledd.

Av § 17-1 første ledd følger: «I søksmål om rettigheter eller plikter etter denne lov gjelder domstolloven og tvisteloven, med de særregler som fremgår av dette kapittel.». Retten til å fortsette i stilling oppfyller lovens krav til «...rettigheter...etter denne lov...». Det kan reises spørsmål om man må se hen til tvistelovens regler om krav til prosessvarsel i § 5-2 ved vurderingen av hva som ligger i skriftlighetskravet. Søksmålsvarsel etter aml. § 17-4 femte ledd annet punktum og prosessvarsel etter tvl. § 5-2 kan i det vesentlige sies å være begrunnet i de samme hensyn. Det kan da hevdes at det bør stilles like krav til varsel etter begge bestemmelser. Tvl. § 5-3 tredje ledd regulerer formkravene for et prosessvarsel og lyder som følger: «Skriftlig varsel etter første og annet ledd skal være på papir til private parter hvis ikke annet er avtalt eller partene har en løpende forretningsforbindelse hvor skriftlig kommunikasjon vanligvis skjer elektronisk.»

Hovedregelen er at varsel skal være på papir. Det antas at både brev per post, personlig overlevering og telefaks vil oppfylle kravet. Unntak fra hovedregelen oppstilles dersom partene har avtalt noe annet. Det fremgår av forarbeidene til tvisteloven, Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 82 at man har tatt sikte på å gjøre bestemmelsen mest mulig teknologinøytral slik at skriftlighetskravet skal kunne oppfylles både ved elektronisk og papirbasert meddelelse. Dersom partene har en avtale om korrespondanse via elektroniske dokumenter vil dette oppfylle lovens krav til skriftlig varsel. Det stilles ikke strenge krav til en slik avtale. Etter motivene vil vilkåret være oppfylt dersom varselet er sendt elektronisk

og den andre part har besvart dette, enten elektronisk eller på papir.³¹ Hvorvidt et elektronisk varsel fra arbeidstaker vil stå seg i henhold til lovens krav vil etter dette bero på en helhetsvurdering hvor blant annet partenes opptreden vil ha betydning.

På den annen side må det tas i betraktning at det i praksis først og fremst er jurister som forholder seg til tvistelovens regler. Arbeidstaker og de tillitsvalgte vil i de fleste tilfeller kun forholde seg til arbeidsmiljølovens regler. Av hensyn til forutberegnelighet antar jeg derfor at det må stilles noe lempeligere krav til søksmålsvarsel etter arbeidsmiljøloven enn til prosessvarsel etter tvisteloven, ettersom kravene etter gjeldende rett vil være vanskeligere tilgjengelig for arbeidstaker og tillitsvalgte. Dette er etter min oppfatning et tungtveiende argument for at søksmålsvarsel per e-post vil oppfylle lovens krav uavhengig av tidligere kommunikasjonsform. Hensynet til notoritet blir ivaretatt ved bruk av e-post på lik linje ved bruk av papirbasert dokument. Mer usikkert er det om varsel per SMS vil være tilstrekkelig. Derimot vil nok ikke søksmålsvarsel via sosiale medier som facebook tilfredsstille lovens krav.

Stein Evju har antydnet at det kan være tilstrekkelig for å oppfylle kravet til varsel at arbeidstaker tar forbehold om at søksmål vil bli reist under forhandlingene dersom dette fremgår av forhandlingsprotokollen og denne er signert av begge parter.³² Det samme syn forfektes av Fanebust med tilføyelse av at det må stilles krav til forbeholdets klarhet.³³

Det stilles videre visse innholdsmessige krav til varselet. Formålet med bestemmelsen tilsier at det må være tale om et varsel som ikke etterlater tvil. Varselet bør være uten forbehold og utformet på en presis måte.³⁴ Til illustrasjon nevnes Rt. 1991 s. 1382, hvor kjæremålsutvalget behandlet spørsmålet om det var gitt tilstrekkelig klart varsel. Arbeidstakerne

³¹ *Tvisteloven. Kommentartutgave* (2007) s. 242

³² Evju (1980) s. 343

³³ Fanebust (2001) s. 319

³⁴ Jakhelln (2006) s. 931

hadde skriftlig meddelt at de krevde forhandlinger og at de eventuelt ville reise søksmål. Videre hadde arbeidstakerne fremsatt krav om rett til å stå i stilling under forhandlingene og frem til endelig avgjørelse i saken. Kjæremålsutvalget kom frem til at varselet var tilstrekkelig klart til å tilfredsstille lovens krav.

2.3.2.3 Unntak fra reglene om tidsfristene

Dersom arbeidsgivers oppsigelse ikke oppfyller formkravene i § 15-4 første og annet ledd, gjelder ikke de foran nevnte frister, jf. § 17-4 femte ledd, tredje punktum. Bestemmelsen må ses i sammenheng med § 15-5 første ledd som angir virkningen av formfeil.³⁵ Ved en formuriktig oppsigelse skal oppsigelsen etter § 15-5 som hovedregel kjennes ugyldig dersom arbeidstaker reiser søksmål innen fire måneder fra oppsigelsen fant sted, med mindre det etter særlige omstendigheter vil være åpenbart urimelig.³⁶

Etter 1977-loven ble det antatt at det, etter reglene sett i sammenheng, gjaldt en frist på fire måneder for å reise søksmål med krav om å stå i stilling.³⁷ I henhold til § 17-4 femte ledd er det nå klart at det ikke gjelder noen søksmålsfrist ved formuriktig oppsigelse. I Ot.prp.nr.49 (2004-05) på side 342 uttales følgende:

«Det følger av forslaget til §17-4 femte ledd siste punktum at fristene i første punktum for å kreve å fortsette i stillingen, ikke gjelder dersom det er gitt en oppsigelse som ikke oppfyller formkravene i §15-4 første og andre ledd. Dette gjelder også hvis det ikke er gitt noen oppsigelse i det hele tatt. I disse tilfellene gjelder ingen frist for å kunne kreve å fortsette i stillingen. Hvor lang tid som er gått siden

³⁵ Fougner (2006) s. 1039

³⁶ Av Ot.prp.nr. 41 (1975-1976) s. 75 følger at unntaket er ment som en sikkerhetsventil for de særlige tilfeller hvor fortsettelse av arbeidsforholdet vil være åpenbart urimelig.

³⁷ Ot.prp.nr. 41 (1975-1976) s. 75

fratredelse vil imidlertid måtte være et moment som skal tillegges vekt i forhold til om unntaksadgangen i §15-11 andre ledd kommer til anvendelse.»

Videre fremgår det på side 279-280 at ugyldighetspresumsjonen i § 15-5 også skal gjelde ved søksmål med krav om å stå i stilling hvor søksmål reises innen firemånedersfristen. Dette innebærer at arbeidstaker også etter fire måneder kan reise søksmål med tilsvarende krav, dog slik at ugyldighetspresumsjonen da ikke gjør seg gjeldende. I alle tilfeller vil det være av betydning hvor lang tid det er siden arbeidstaker har fratrådt når retten skal vurdere hvorvidt arbeidstakers fratreddelsesbegjæring etter § 15-11 annet ledd annet punktum skal tas til følge.³⁸

2.3.3 Øvrige krav

Foruten de vilkår som er behandlet foran, må det for retten til å stå i stilling selvsagt foreligge et arbeidsforhold arbeidstakeren kan fortsette i.³⁹ Arbeidsforholdet må ikke være bortfalt av andre årsaker enn oppsigelse, for eksempel ved bortfall grunnet oppnådd pensjonsalder. Til illustrasjon nevnes RG. 2006 s. 1648. Saken gjaldt en flyver i Widerøe som mente han urettmessig var utestengt fra arbeidet, og som krevet rett til å gjeninntre i stillingen og fortsette arbeidet til saken var ferdigbehandlet. Lagmannsretten kom til at flyveren verken hadde rett til å gjeninntre eller fortsette i stillingen, da arbeidsforholdet var bortfalt uten oppsigelse grunnet oppnådd pensjonsalder på 60 år.

Arbeidstaker må videre nedlegge påstand om at oppsigelsen skal kjennes ugyldig, med den konsekvens at arbeidstaker kan gjeninntre eller fortsette i stillingen.⁴⁰ Retten til å stå i stillingen gjelder ikke dersom søksmål reises kun med krav om erstatning. I disse tilfellene må

³⁸ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 342, Fougner (2006) s. 825

³⁹ Dege (2009) s. 1253

⁴⁰ Jakhelln (2006) s. 933, Aagaard (2012) s. 419

arbeidstaker fratre ved endt oppsigelsestid.⁴¹ Av forarbeidene følger det at dersom arbeidstaker ikke nedlegger påstand om ugyldighet, skal retten uten videre ta krav om fratreden fra arbeidsgiver til følge.⁴²

Det er ytterligere et krav om at arbeidstaker må være i stand til å fortsette i stillingen med mindre lovlig fraværsgrunn foreligger, jf. Rt. 1992 s. 1482. Saken omhandlet et tilfelle hvor arbeidstaker grunnet soning av fengselsstraff hadde søkt om permisjon. Arbeidsgiver innvilget ikke søknaden, og arbeidstaker ble meddelt oppsigelse. Høyesterett kom til at et slikt langvarig fravær i underkant av tre måneder som følge soningen var saklig grunn for oppsigelse. Om fraværet uttalte retten:

«Etter arbeidsmiljøloven § 61 nr. 4 har arbeidstakeren etter oppsigelse under visse vilkår rett til å « fortsette i stillingen » inntil rettskraftig dom foreligger i oppsigelsesaken. I spesielle tilfeller kan arbeidsgiveren kreve kjennelse for at han « skal fratre under sakens behandling ». Jeg kan vanskelig se annet enn at det i dette ligger en forutsetning om at arbeidstakeren faktisk er i stand til å være i stillingen. Men her er situasjonen at han i to og en halv måned fra oppsigelsen ikke har kunnet møte på arbeidet. Han har fratrådt og det begrunnet i et forhold han selv har risikoen for. Ved helt kortvarige fravær kunne det nok være riktig å se bort fra dette, men ikke i et tilfelle som nærværende.»

I Rt. 2011 s. 74 behandlet Høyesterett igjen spørsmålet om betydningen av fravær grunnet fengselsopphold. Saken gjaldt en miljøterapeut som i prøvetiden ble meddelt oppsigelse grunnet fravær som skyldtes varetektsfengsling i fire uker, samt ett fravær grunnet forsovelse. Høyesterett sammenlignet saksforholdet med ovennevnte dom, og sluttet seg til uttalelsene om den usikkerhet som gjør seg gjeldende ved varetektsfengsling. Av førstnevnte dom ble følgende avsnitt på side 1487 gjengitt:

⁴¹ Jakhelln (2006) s. 933

⁴² Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s. 75

«Avslutningsvis under dette punktet finner jeg grunn til å understreke at jeg ikke har behandlet de spesielle problemer som kan oppstå ved fravær på grunn av varetektsfengsling. Hvis en slik sak resulterer i fellende dom, vil et fravær på grunn av varetekt kunne gi grunnlag for oppsigelse på samme måte som fravær grunnet soning. Dersom det ikke reises tiltale eller vedkommende blir frifunnet, vil det ikke være like selvfølgelig å legge risikoen for fraværet utelukkende på arbeidstakeren. Under enhver omstendighet bør det vises forsiktighet fra arbeidsgivers side med å oppsi arbeidstaker grunnet fravær ved varetektsfengsling før det foreligger fellende dom.»

Høyesterett påpekte videre at uskyldspresumsjonen i EMK art.6 nr.2 tilsier at det ikke bør trekkes for raske slutninger av en varetektsfengsling. Under henvisning til fraværets lengde og at arbeidstaker ble frikjent for forholdet, kom Høyesterett til at oppsigelsen var ugyldig og arbeidstaker ble tilkjent erstatning.

Etter dette følger at fravær grunnet fengselsopphold ikke automatisk fører til at oppsigelsen er gyldig, og at retten til å fortsette i stillingen faller bort. Hvorvidt det er tale om soning eller varetektsopphold er av vesentlig betydning for sakens utfall. Videre vil fengselsoppholdets lengde ha betydning. Som det fremgår er nærmere tre måneder fravær mer enn arbeidsgiver normalt må tåle, mens fire uker under visse omstendigheter vil kunne aksepteres.

Rt. 1988 s. 583 dreide seg om en arbeidstaker som fratrådte sin stilling og begynte i arbeid for et annet firma, før oppsigelsessaken tilknyttet hans foregående arbeidssted var avgjort. Han mistet stillingen på sitt nye arbeidssted grunnet forhold på arbeidsgivers side. Arbeidstakeren fremsatte deretter begjæring om gjeninntreden i sin gamle stilling. Høyesteretts kjæremålsutvalg tok ikke begjæringen til følge og uttalte:

«Hvis arbeidstakeren velger å fratre uten å ta forbehold av noen art, og arbeidsgiver heller ikke av andre grunner må forstå at arbeidstakeren regner med å kunne falle tilbake på sin rett etter §61 fjerde ledd dersom forholdene skulle tilsi det, kan han ikke ha krav på å tre inn i stillingen igjen før det i tilfelle foreligger endelig dom for at oppsigelsen er ugyldig.»

Retten til å fortsette i stillingen vil altså falle bort dersom arbeidstaker fratrer uten gyldig fravær. Det samme gjelder retten til å motta økonomiske ytelser. Arbeidstaker kan da ikke kreve å tre inn i stillingen igjen før retten eventuelt har avsagt endelig dom for at oppsigelsen er ugyldig. Hvorvidt arbeidstaker frivillig har valgt å avslutte arbeidsforholdet kan i det enkelte tilfellet være vanskelig å avgjøre. Arbeidsgiver bør i disse tilfellene sørge for å få en skriftlig bekreftelse fra arbeidstaker om at den ansatte etter eget ønske avslutter arbeidsforholdet. Arbeidstaker bør imidlertid være noe varsom med å gi slik bekreftelse dersom han ønsker å ha mulighet til og benytte seg av retten til å fortsette i stillingen.⁴³

Dersom arbeidstaker tar forbehold om å fortsette i stillingen vil ikke retten nødvendigvis være tapt.⁴⁴ Slikt forbehold kan også tas av den ansattes fagforening, jf. Rt. 1989 s. 361. Det er således kun ved ugyldig fravær at retten til å fortsette i stillingen vil kunne falle bort.

Annerledes stiller det seg dersom arbeidsgiver gir den ansatte fri i oppsigelsestiden. Fraværet er gyldig og retten er dermed i behold, jf. Rt. 1993 s. 908. At den ansatte takker ja til fritak fra arbeidsplikten må ikke forveksles med et avkall på retten til å fortsette i stillingen. Til illustrasjon vises til LA-2002-1975, hvor spørsmålet var om arbeidstaker ved å akseptere fritak samtidig hadde gitt avkall på retten til å stå i stillingen. Lagmannsretten kom til at slikt avkall ikke forelå, men at vilkårene for å innfri arbeidsgivers krav om fratreden var til stede. Av rettens kjennelse bemerkes særskilt:

⁴³ Jakhell (2006) s. 934

⁴⁴ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 467

«Lagmannsretten kan, i likhet med tingretten, ikke se at A kan anses å ha gitt avkall på sin rett til å fortsette i stillingen. Det forhold at A av Fellesrådet ble fritatt for arbeidsplikten i oppsigelsestiden, og at han de facto aksepterte dette, kan klarligvis ikke anses som slikt avkall. Om dette synes det heller ikke å være noen uenighet mellom partene. Lagmannsretten kan imidlertid heller ikke se at dette, sett i sammenheng med at A på anmodning ryddet sitt kontor og innleverte nøkler, og at han gjorde dette uten særkilt forbehold vedrørende retten til å stå i stillingen, kan gi grunnlag for den slutning at han derved hadde gitt avkall som nevnt.»

Selv om arbeidstaker velger å fortsette i stillingen etter at oppsigelsestiden er utløpt, er ikke arbeidstaker med dette bundet til å forbli i stillingen.⁴⁵ Arbeidstaker kan senere velge å fratre. Dette kan være aktuelt hvor arbeidstaker har funnet seg en ny jobb. Av lojalitetshensyn og av hensyn til at arbeidsgiver kan ha innrettet seg etter at arbeidstakeren fortsetter i stillingen, må arbeidsgiver varsles om dette.⁴⁶ Arbeidstaker bør også sørge for å unngå unødige problemer for arbeidsgiver, ved eksempelvis å avslutte et reiseoppdrag før fratreden.⁴⁷ Det er ikke fastsatt noen formelle frister for varsling i slike tilfeller. I teorien er det hevdet at varslingsfristen må sammenlignes med fristen for fratreden etter § 15-11 annet ledd, siste punktum.⁴⁸ Det følger av forarbeidene og praksis at fristen ikke kan være lengre en 14 dager.⁴⁹

2.3.4 Rettsforholdet mellom partene når arbeidstaker fortsetter i sin stilling

Når arbeidstaker fortsetter i stillingen innebærer dette at arbeidsforholdet fortsetter å bestå som før til tross for at oppsigelsesfristen er utløpt. Departementet har i Ot.prp.nr.50 (1993-

⁴⁵ Dege (2009) s. 1261

⁴⁶ I.c.

⁴⁷ Johansen (2011) s. 779

⁴⁸ Jakhelln (2006) s. 934

⁴⁹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 240 og Rt. 1988 s. 783

1994) s. 192 gitt uttrykk for hva som skal gjelde mellom partene. Det uttales: «Meningen med å gi arbeidstakeren rett til å stå i stillingen under behandling av tvisten, er at arbeidstakeren ikke bare skal ha rett til lønn, men også til fortsatt å få utføre arbeid inntil tvisten er avgjort». Arbeidsgiver kan ikke hindre at arbeidstaker får adgang til arbeidsstedet, eller hindre arbeidstaker i å utføre sine arbeidsoppgaver. For fullstendighetens skyld nevnes at dersom arbeidsgiver eksempelvis deaktiverer arbeidstakers adgangskort til arbeidsstedet og slik hindrer arbeidstaker adgang, kan arbeidstaker kreve rettens kjennelse for gjeninntreden etter aml. § 15-11 femte ledd.⁵⁰ Dersom arbeidsgiver urettmessig stenger arbeidstakeren ute før oppsigelsestiden er utløpt, vil de alminnelige regler om midlertidig forføyning i tvangsfullbyrdelsesloven komme til anvendelse, jf. Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.336-337.

Et særlig spørsmål som i denne forbindelse gjør seg gjeldende er hva som ligger i retten til å stå i stillingen. Innebærer dette en rett til å fortsette i den samme stillingen som før, eller en rett til generelt å utføre arbeid hos arbeidsgiver? Lovens ordlyd, «fortsette i stillingen» må kunne sies å tale for at retten gjelder den samme stilling som før. Ser man hen til de to hovedhensyn bak bestemmelsen, kontinuitet i arbeidsforholdet og sikring av lønnskravet, gir de noe sprikende veiledning. Hensynet til kontinuitet i arbeidsforholdet for lettere å kunne tre inn i stillingen om oppsigelsen blir kjent ugyldig, taler for at det er samme stilling arbeidstaker har rett til å fortsette i. Hensynet til sikring av arbeidstakers lønnskrav ivaretas imidlertid også ved gjeninntreden i en annen stilling.

I forarbeidene er det imidlertid uttalt at arbeidsgivers styringsrett ikke rokkes ved hvor arbeidstaker står i stilling.⁵¹ Dette innebærer at arbeidsgiver kan foreta de samme endringer etter oppsigelsen som det var adgang til før. Hvor vidtgående endringer arbeidsgiver kan foreta vil bero på en tolkning av den enkelte arbeidsavtale.⁵² Det skulle således ikke være

⁵⁰ Jakhelln (2006) s. 934

⁵¹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 336

⁵² NOU-2004:5 s. 322

noe i veien for at arbeidsgiver med hjemmel i styringsretten⁵³ omplasserer arbeidstaker til en annen stilling innad i virksomheten, så lenge dette er innenfor arbeidsavtalens rammer.

Av NOU-2004-05 s. 322 følger at «Visse justeringer ut fra hensynet til situasjonen vil også kunne godtas, så fremt disse ikke foretas for å omgå det vern som ligger i retten til å stå i stillingen». Under henvisning til ovennevnte uttalelse later Jakhelln til å ta til orde for at styringsretten utvides noe hvor arbeidstaker etter oppsigelse benytter seg av retten til å stå i stilling.⁵⁴ Fougner og Holo gir i sin kommentarutgave til arbeidsmiljøloven uttrykk for samme syn.⁵⁵ Dette kan tyde på at arbeidsgiver i disse tilfellene har en utvidet adgang til å foreta endringer med hjemmel i styringsretten så lenge bakgrunnen er tilpasninger til den aktuelle situasjonen, og det generelle krav til saklighet er oppfylt. Hvor vidtgående utvidelser som vil aksepteres er imidlertid usikkert.

⁵³ Fougner og Evju har i teorien gitt uttrykk for uenighet om hvorvidt styringsretten er henholdsvis et selvstendig rettsgrunnlag eller kun en restkompetanse. *Omstilling og nedbemanning* s. 110-111

⁵⁴ Jakhelln (2006) s. 934

⁵⁵ Fougner (2006) s. 827

3 Arbeidsgivers adgang til å begjære fratreden etter aml. § 15-11 annet ledd annet punktum

3.1 Innledende bemerkninger – hensyn bak regelen

Selv om arbeidstaker som hovedregel har rett til å stå i stilling når vilkårene i § 15-11 annet ledd første punktum er oppfylt, er ikke retten absolutt. Det følger av § 15-11 annet ledd annet punktum at retten, etter krav fra arbeidsgiver, kan bestemme at arbeidstaker skal fratre under sakens behandling. Bestemmelsen lyder som følger: «Etter krav fra arbeidsgiver kan retten likevel bestemme at arbeidstaker skal fratre under sakens behandling dersom retten finner det urimelig at arbeidsforholdet opprettholdes under sakens behandling». Retten treffer slik avgjørelse ved kjennelse.

Hovedhensynet bak regelen er å sikre at arbeidsgivers behov for fratreden blir ivaretatt og prioritert i særlige tilfeller. Det kan gå meget lang tid før saken er rettskraftig avgjort, og i enkelte tilfeller vil det være meget problematisk for arbeidsgiver at arbeidstaker fortsetter i stillingen. Et for sterkt vern av arbeidstaker kan virke hemmende på nødvendig utvikling i bedriften, hvor den økonomiske belastning for arbeidsgiver blir for tung. Dette vil særlig gjøre seg gjeldende for små virksomheter, eller bedrifter med anstrengt økonomi.

At det nødvendige tillitsforholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver er brutt, er et annet hensyn som kan tale for at arbeidstaker må fratre. Videre kan hensynet til de øvrige arbeidstakere spille inn, eksempelvis hvor konsekvensen av at arbeidstaker står i stilling er at andre ansatte må permitteres. Hensynet til et godt arbeidsmiljø vil også gjøre seg gjeldende. Dersom arbeidstaker medvirker til en negativ atmosfære på arbeidststedet, vil dette forholdet måtte tas i betraktning i den helhetlige vurdering av om arbeidstaker skal fratre.

Arbeidstakers rett til å stå i stillingen kan ikke omgås ved at arbeidsgiver permitterer den ansatte i oppsigelsestiden, jf. Rt. 1984 s. 400. Kjæremålsutvalget påpekte her at det er domstolene som eventuelt skal beslutte at den ansatte skal fratre.

Et særlig spørsmål oppstår dersom arbeidstaker, i tillegg til den stillingen han eller hun er oppsagt fra, har en ytterligere stilling hos arbeidsgiver. Det må da avgjøres om arbeidsgivers fratredelsesbegjæring omfatter begge stillinger, eller kun stillingen som arbeidstaker er sagt opp fra. I Rt. 2009 s. 179 ble dette spørsmålet behandlet Høyesteretts ankeutvalg. Saken gjaldt en arbeidstaker som ble sagt opp fra sin stilling som lærer ved Hordaland fylkeskommune. Arbeidstaker bestred oppsigelsens gyldighet, og arbeidsgiver fremsatte fratredelsesbegjæring. Før tingretten hadde avsagt dom i saken hadde arbeidstaker tiltrådt en midlertidig stilling i et av fylkeskommunens selskaper. Høyesteretts ankeutvalg kom til at stillingene måtte bedømmes under ett, og ikke som to separate arbeidsforhold, slik at fylkeskommunen kunne begjære fratreden i forhold til den midlertidige stillingen som en del av den verserende oppsigelsessaken. Ankeutvalget begrunnet dette i blant annet i at den midlertidige stillingen arbeidstaker var engasjert i ble ansett for å være en stilling arbeidsgiver innenfor styringsrettens rammer kunne plassere arbeidstaker i.

3.2 Når krav om fratreden kan fremsettes

Arbeidstaker vil ofte fremme søksmålsvarsel mens forhandlinger pågår, og allerede ved arbeidstakers varsel om at søksmål vil bli reist etter § 17-4 femte ledd annet punktum, kan arbeidsgiver fremsette krav om fratreden.⁵⁶ Arbeidsgiver er således ikke henvist til å vente på at arbeidstaker rent faktisk har reist søksmål.

Arbeidsgivers krav kan behandles av forberedende dommer uten muntlige forhandlinger. I Rt. 2007 s. 459 kom Høyesteretts kjæremålsutvalg til at arbeidstaker ikke kunne kreve muntlige forhandlinger i medhold av EMK art. 6 nr. 1. Kjæremålsutvalget begrunnet sitt standpunkt med følgende: «Bestemmelsen kommer imidlertid bare til anvendelse ved avgjørelsen av borgerlige rettigheter og plikter ("In the determination of his civil rights and obligations"). Den gjelder som utgangspunkt ikke ved midlertidige avgjørelser...» Videre påpekte retten at EMK art. 6 ikke er uten betydning i slike saker:

⁵⁶ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 235

«Selv om en midlertidig avgjørelse ikke har en slik varig karakter at bestemmelsen kommer til anvendelse på selvstendig grunnlag, må spørsmålet om hvordan begjæringer om midlertidige avgjørelser er blitt behandlet, inngå i totalvurderingen av om de krav som stilles til en rettferdig rettergang, er oppfylt.»

Også i LE-2008-181467 ble betydningen av EMK behandlet. Lagmannsretten tok stilling til arbeidstakers anførsel om at manglende muntlige forhandlinger utgjorde en saksbehandlingsfeil, og at dette også utgjorde brudd på EMK art. 6 nr. 1. Arbeidstaker fikk ikke medhold.

Det vil ofte være lite hensiktsmessig å holde muntlige forhandlinger i tilknytning til krav om fratreden av prosessøkonomiske og tidsmessige årsaker. Ved muntlige forhandlinger må saksforholdet fremlegges på tilsvarende måte som under hovedforhandlingen senere. Hvor saksforberedelsen er tilstrekkelig er det mest hensiktsmessig at domstolene prioriterer at det blir holdt hovedforhandling raskt, fremfor å avholde muntlig forhandling også ved arbeidsgivers fratredelsesbegjæring.⁵⁷

3.3 Urimelighetsvurderingen

3.3.1 Innledning

Aml. § 15-11 annet ledd annet punktum bestemmer at retten skal foreta en vurdering av hvorvidt det vil være urimelig om arbeidstaker fortsetter i sin stilling. Utgangspunktet for vurderingen er hvordan forholdene er på avgjørelsestidspunktet.⁵⁸ Dersom arbeidsgiver begjærer fratreden for flere arbeidstakere, skal retten dessuten foreta en individuell vurdering for hver enkelt. Dette følger blant annet av Rt. 1988 s. 1418 som omhandler driftsinnskrenkninger ved skipsverftet A.M. Liaaen AS. I utgangspunktet hadde bedriften besluttet å

⁵⁷ Jakhell (2006) s. 942

⁵⁸ Fanebust (2001) s. 321

reducere bemanningen med åtti personer. Frem til lagmannsrettens behandling ble antallet redusert til seks ansatte. Arbeidstakerne fikk i lagmannsretten ikke medhold i sine krav om å stå i stilling, men avgjørelsen ble opphevet av Høyesteretts kjæremålsutvalg. Det ble vist til at lagmannsrettens begrunnelse gjaldt bedriftens behov for å si opp «...en større del av arbeidsstokken...», og at lagmannsretten ikke hadde «...foretatt en konkret vurdering av hvilke problemer som vil være forbundet med å ta inn igjen de [gjenværende] oppsagte arbeidstakere som er parter i saken.» (Min tilføyelse.)

Det følger av forarbeidene at domstolen skal foreta en konkret helhetsvurdering i den enkelte sak, jf. Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side. 336: «Domstolene skal avgjøre spørsmålet om fratreden etter en helhetsvurdering basert på urimelighetskriteriet. Normalt vil flere elementer være aktuelle i denne sammenheng, og det må foretas en samlet vurdering av alle relevante momenter».

Lovens ordlyd gir ingen holdepunkter for å fastslå hvor streng urimelighetsnormen er, eller hvilke hensyn og momenter som er av relevans for vurderingen. Imidlertid gir forarbeidene og rettspraksis betydelig veiledning. Av Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 235 følger: «Forarbeidene gir anvisning på en streng urimelighetsnorm, hovedregelen skal være at arbeidstakeren blir stående i jobben. Det er presisert at arbeidsgivers begjæring om fratredelse bare unntaksvis skal tas til følge...» Videre uttales:

«Hovedregelen er at arbeidstaker skal ha rett til å fortsette i stillingen så lenge saken er til behandling ved domstolene. Rettspraksis har fulgt opp dette, jf. at den strenge normen er presisert i en lang rekke saker. Forarbeidene understreker likevel at retten må kunne ta hensyn til viktige innvendinger fra arbeidsgivers side...»

Ved vurderingen må retten foreta en avveining mellom partenes motstridende interesser.⁵⁹ Hva som er bakgrunnen for oppsigelsen, og sakens sannsynlige utfall vil ha betydning.⁶⁰ Videre er hensynet til andre arbeidstakere i bedriften, og om noen av disse må permitteres eller fratre, momenter som vil kunne spille inn.⁶¹ Den økonomiske belastningen for partene er også av betydning.⁶² I alle tilfeller må det foreligge interesseovervekt for fratredelse for at retten skal ta arbeidsgivers krav til følge.⁶³ Det er retten som i den konkrete sak skal ta stilling til hvilke momenter som er relevante, og hvilken vekt de ulike momentene skal tillegges.⁶⁴

Det vil imidlertid kunne føre til opphevelse dersom tingretten eller lagmannsretten ikke tar i betraktning viktige momenter som gjør seg gjeldende i den konkrete sak. I Rt. 1987 s. 692 ble lagmannsrettens kjennelse opphevet grunnet saksbehandlingsfeil. Lagmannsretten hadde ikke drøftet betydningen av arbeidsgivers innvendinger vedrørende arbeidstakers forhold etter oppsigelsen. Retten hadde unnlatt å innkalle fire vitner som skulle bekrefte arbeidsgivers opplysninger. Om dette uttalte kjæremålsutvalget: «Først etter et slikt avhør ville lagmannsretten ha det nødvendige grunnlag for å foreta den reelle interesseavveining som loven forutsetter skal skje.»

Den interesseavveiningen som skal foretas etter § 15-11 annet ledd har likhetstrekk med den avveining som skal foretas ved oppsigelse grunnet rasjonalisering og driftsinnskrenking etter aml. § 15-7 annet ledd. Vurderingstemaet for disse tilfeller er hvorvidt oppsigelsen er saklig eller ikke, mens det etter § 15-11 annet ledd skal foretas en urimelighetsvurdering. Selv om vurderingstemaene er ulike er det i hovedsak de samme momenter som gjør

⁵⁹ *Omstilling og nedbemanning* s. 472

⁶⁰ Agaard (2012) s. 420

⁶¹ Rt. 2000 s. 1958 og Dege (2009) s.1262

⁶² Rt. 1992 s. 1688

⁶³ Rt. 1987 s. 117 og *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 472

⁶⁴ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 336

seg gjeldende. Partenes interesser skal veies opp mot hverandre, hvor fordeler og ulemper på begge sider skal vurderes.⁶⁵

3.3.2 Særlig om bakgrunnen for oppsigelsen

3.3.2.1 Innledning

Hva som er årsaken til at arbeidstaker har blitt oppsagt er av betydning for hvorvidt krav om fratreden vil bli tatt til følge. Det skilles her mellom forhold på arbeidstakers side og forhold på arbeidsgivers side. I Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s. 75 ble det uttalt:

«Når det gjelder vurderingen av om det vil være urimelig at arbeidsforholdet fortsetter, vil det være naturlig å skille mellom de tilfeller hvor oppsigelsen er begrunnet i disiplinære forhold o.l. og tilfeller hvor oppsigelsen er begrunnet i bedriftens forhold. Skyldes oppsigelsen en forgåelse fra arbeidstakerens side e. l., bør retten i alminnelighet ta et krav om at han skal fratre under sakens behandling til følge. Forutsetningen er at den påståtte forgåelse er av en slik art at den kan gi saklig grunn for oppsigelse. Skyldes derimot oppsigelsen forhold ved bedriften, som f.eks. rasjonalisering, driftsinnskrenkning o. l., bør retten ikke avsi kjennelse for at arbeidstakeren skal fratre.»

Denne sontringen har i forarbeidene til 2005-loven blitt kritisert for å være for kategorisk i forhold til oppsigelser som skyldes virksomhetens forhold.⁶⁶ Som fremstillingen nedenfor vil vise har ovennevnte utgangspunkt blitt moderert, slik at retten også kan ta til følge en begjæring om fratreden hvor oppsigelsen skyldes forhold på arbeidsgiversiden.⁶⁷ Også i teorien har denne sontringen vært oppfattet mer som en retningslinje snarere enn en absolutt regel. Fanebust har uttalt:

⁶⁵ Dege (2009) s. 1271

⁶⁶ NOU 2004-5 s. 330 og Jakhelln (2006) s. 936

⁶⁷ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 238

«Det skille lovforarbeidene opererer med kan ikke oppfattes dit hen at retten skal være avskåret fra å foreta den urimelighetsvurdering som er forutsatt i § 61 punkt 4. Formuleringene i forarbeidene kan neppe oppfattes som annet enn et forsøk på å presisere dette og å understreke hovedregelen – at arbeidstaker skal stå i stillingen mens saken er til behandling for domstolene.»⁶⁸

Evju har gått noe lenger og hevdet at uttalelsene i forarbeidene ikke kan tillegges nevneverdig vekt. Han tar til orde for at hovedregelen uansett oppsigelsesgrunn er at arbeidstaker skal fortsette i stillingen, men at det med utgangspunkt i lovteksten skal foretas en vurdering av om det vil være urimelig om arbeidstaker fortsetter i stillingen.⁶⁹

3.3.2.2 Oppsigelsen skyldes arbeidsgivers forhold

Hvor oppsigelsen skyldes arbeidsgivers forhold, eksempelvis nedbemanning eller rasjonalisering av driften, er hovedregelen at fratredelsesbegjæringen ikke skal tas til følge. Dette er likevel ikke mer enn et utgangspunkt. I forarbeidene til 2005-loven, Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 238, fremheves at dette har blitt modifisert gjennom rettspraksis. På bakgrunn av modifiseringen anså departementet det ikke nødvendig å «...foreslå endringer med hensyn til hvilken norm som skal anvendes ved urimelighetsvurderingen.» Rettstilstanden i dag er den at retten kan ta arbeidsgivers begjæring til følge, men det skal relativt mye til.⁷⁰

Høyesteretts kjæremålsutvalg har i Rt. 1984 s. 400 uttalt følgende om det opprinnelige utgangspunktet i forarbeidene:

⁶⁸ Fanebust (2001) s. 323

⁶⁹ Evju (1988) s. 349

⁷⁰ Rt. 1994 s. 639

«Dette kan imidlertid ikke innebære at retten i disse tilfelle helt skal være avskåret fra å foreta den rimelighetsvurdering som følger av loven ordlyd. Det som sies i forarbeidene, må tas som et uttrykk for at rimelighetsvurderingen i disse tilfelle, hvor det ikke er noe å bebreide arbeidstaker, som regel må føre til at arbeidsgivers krav ikke tas til følge.»

Som det her fremgår skal det like fullt foretas en helhetsvurdering av situasjonen på tidspunktet hvor begjæringen fremsettes, uavhengig av oppsigelsens bakgrunn.

En gjennomgang av rettspraksis viser at domstolene er tilbakeholdne med å ta arbeidsgivers fratredelsesbegjæring til følge hvor oppsigelsen skyldes virksomhetens forhold. I Rt. 1987 s. 692 uttaler Høyesteretts kjæremålsutvalg at det: «... ved den interesseavveining som må foretas kreves overvekt for å hindre arbeidstakeren i å fortsette i stillingen.» Av Rt. 1994 s. 639 følger at det «...skal mye til for å pålegge en oppsagt arbeidstaker å fratre før det foreligger dom i saken.» Videre heter det i Rt. 1987 s. 1151 at «...det skal relativt meget til for å pålegge arbeidstageren straks å fratre.» Samme rettslige utgangspunkt følger også av Rt. 2000 s. 1958, hvor Høyesteretts kjæremålsutvalg påpeker at «...fratreden bare sjelden vil være aktuelt dersom oppsigelsen (omklasseringen) skyldes forhold på arbeidsgiversiden.»

Retten skal foreta en interesseavveining hvor fordeler og ulemper for partene skal veies opp mot hverandre. Det må foreligge klar interesseovervekt i arbeidsgivers favør for at retten skal bestemme fratredelse.⁷¹ Rt. 2004 s. 1413 omhandlet et tilfelle hvor to kokker i Universal Sodexho Norway AS ble sagt opp under henvisning til at bortfall av oppdrag nødven-

⁷¹ I NOU 2004:5 s. 330 uttalte arbeidslivslovutvalgets flertall at «...retten må finne at det foreligger klar interesseovervekt på arbeidsgivers side for at retten skal avsi kjennelse for fratreden idet hovedregel er at arbeidstaker har rett til å fortsette i stillingen. Rettspraksis legger også til grunn at det må foreligge en slik interesseovervekt for fratreden. Flertallet mener gode grunner taler for at denne praksisen videreføres.» Departementet gir i Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 238 uttrykk for samme synspunkt.

diggjorde nedbemanning i bedriften. Arbeidstakerne fremsatte krav om å stå i stilling. Ettersom bedriften hadde søkt etter nye ansatte til stillinger som var aktuelle for de allerede oppsagte arbeidstakerne, kom Høyesteretts kjæremålsutvalg til at det ikke var urimelig at de ansatte fikk stå i sine stillinger under sakens behandling. Arbeidsgivers økonomiske belastning var således ikke et viktig nok argument for fratredelse i saken.

Videre nevnes Rt. 2000 s. 525, hvor fratredelsesbegjæringen ikke ble tatt til følge under henvisning til at lagmannsretten, etter en omfattende bevisførsel fant at: «...bedriftens behov for raskt å gjennomføre rasjonaliseringen ikke er så sterkt at det begrunner fratreden før rettskraftig dom.» Hensynene på arbeidsgivers side var ikke tilstrekkelig tungtveiende til å tilfredsstille kravet til klar interesseovervekt for fratreden.

Til ytterligere illustrasjon av interesseavveiningen nevnes LA-2009-189766. Hensynet til arbeidstaker ble i denne saken utslagsgivende. Retten uttalte:

«Plikten til å la ansatte bli stående i stillingen under behandlingen av oppsigelsessaken med derav følgende lønnsplikt, kan føles tung for en slik arbeidsgiver, men på den annen side dreier det seg om en 62 år gammel kvinne som har vært ansatt i flere år, og som på grunn av et spesielt omsorgsansvar har krav på å bli tatt hensyn til i en virksomhetsoverdragelse som det her dreier seg om.»

I tillegg til den økonomiske vurderingen må det foretas en vurdering hvor de vanskeligheter som vil oppstå for bedriften ved at arbeidstaker fortsetter i arbeidsforholdet, må veies mot de ulemper som vil gjøre seg gjeldende for arbeidstaker ved fratredelse.⁷² Dersom den ansatte eksempelvis vanskeliggjør planlagte rasjonaliseringstiltak kan dette tale for fratredelse. I Rt. 1989 s. 1041 påpekte retten at dersom virksomhetens fortsatte eksistens vil trues av at arbeidstaker fortsetter i stillingen, må fratredelsesbegjæringen tas til følge. Høyesteretts

⁷² Dege (2009) s. 1271

kjæremålsutvalg sluttet seg her til lagmannsrettens standpunkt og begrunnelse, og tok arbeidsgivers begjæring til følge.

Hvor virksomheten har besluttet å legge ned stillingen arbeidstaker innehar, og arbeidstaker ikke er villig til å gå i dialog med arbeidsgiver om omplassering til annen stilling, vil dette kunne tale for fratreden.⁷³ Dette er en naturlig følge av at behovet for vern av arbeidstaker i slike situasjoner ikke anses for å være like sterkt når arbeidstaker selv er å klandre for at partene ikke har kommet til en minnelig løsning. En forutsetning vil da måtte være at arbeidsgiver har gjort en tilstrekkelig innsats for å skape en god dialog med arbeidstaker.

Samme utgangspunkt gjør seg gjeldende hvor arbeidstaker takker nei til tilbud om en annen stilling innen virksomheten. Til illustrasjon nevnes Rt. 1990 s. 908, hvor arbeidstaker hadde avslått et tilbud om å gå over i stilling som maskinfører på et av rederiets fartøyer, og dette var den eneste egnede stilling arbeidsgiver kunne tilby. Høyesteretts kjæremålsutvalg kom til at det ville være urimelig om arbeidsgiver måtte opprettholde lønnsutbetalingen til arbeidstaker.

Selv om det skal mye til for at arbeidstaker plikter å fratre, har arbeidsgivers fratredelsesbegjæring blitt tatt til følge i flere saker. Som eksempel nevnes LG-2002-2343. Tre arbeidstakere fikk ikke medhold i sine krav om å fortsette i sine stillinger tilknyttet en nedlagt del av Odda Smelteverk AS. Én av arbeidstakerne hadde permisjon, én var sykemeldt, og den tredje var allerede fratrådt. Dersom arbeidstakerne skulle få medhold i sine krav ville det gå på bekostning av andre ansatte i virksomheten. Videre ble det vektlagt at den økonomiske situasjonen i bedriften var svært dårlig. Etter en samlet vurdering kom retten til at de ansatte måtte fratre under sakens behandling.

⁷³ Dege (2009) s. 1272 med henvisning til Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse av 05.07.1990.

I Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse inntatt i Rt. 2000 s. 1958 er rettstilstanden godt oppsummert. Spørsmålet i saken var hvorvidt arbeidsgivers krav om fratreden under oppsigelsessaken skulle tas til følge. Av kjennelsen siteres:

«Lagmannsretten viser til at byretten har uttalt at en arbeidstaker som hovedregel har rett til å stå i stillingen inntil saken er avgjort ved rettskraftig dom, og at unntak kan gjøres dersom retten finner det urimelig at arbeidsforholdet opprettholdes under saken. Hvorvidt dette er tilfellet vil – uttaler lagmannsretten – bero på en samlet vurdering hvor en rekke hensyn spiller inn, herunder en avveining mellom partenes respektive interesser i en fratreden, bakgrunnen for oppsigelsene (omklasseringene), sakens sannsynlige utfall, hensynet til andre berørte arbeidstakere m.v. Lagmannsretten tilføyer på dette punkt: "Selv om det finnes urimelig at arbeidsforholdet fortsetter under saken, har arbeidsgiveren ikke automatisk krav på at den oppsagte skal fratre. Det kan således tenkes tilfeller hvor arbeidsgiveren må tåle at arbeidsforholdet fortsetter under saken, selv om dette virker urimelig."»

Det påpekes videre at det, hvor oppsigelsen skyldes arbeidsgivers forhold, må påvises klare forhold før en fratredelsesbegjæring skal tas til følge.

Videre knyttes, i avsnitt 1962, noen bemerkninger til omorganisering- og nedbemanningstiltak i bedriften:

«Lagmannsretten mener arbeidsgiveren i en slik situasjon har krav på at endringene skjer med noenlunde samtidighet og relativt raskt etter at endringene er avklart. Det er ikke i kjæremålet påvist forhold som tilsier at ikke prosessen i nødvendig utstrekning også har ivaretatt de kjærende parters ansiennitet i virksomheten. Lagmannsretten legger, som byretten, også vekt på at det ikke dreier seg om en situasjon hvor arbeidstakerene må slutte i virksomheten. De har begge fått tilsvarende stillinger ved andre postkontorer uten at dette påfører dem økonomisk tap og uten at ulempene for øvrig fremstår som urimelige.»

Oppsummeringsvis følger at en fratredelsesbegjæring sjelden vil bli tatt til følge hvor oppsigelsen skyldes omstrukturering og nedbemanning i bedriften. Imidlertid kan retten bestemme at arbeidstaker skal fratre dersom de grunner som taler for dette er sterke nok. Det må foreligge klar interesseovervekt på arbeidsgivers side for fratreden. De økonomiske konsekvenser for begge parter, forholdet til øvrige ansatte og sakens sannsynlige utfall er momenter som skal inngå i helhetsvurderingen. I de tilfeller hvor det kun er tale om omplasseringer innad i virksomheten, og arbeidstaker er tilbudt en annen men tilsvarende stilling, vil retten lettere kunne ta arbeidsgivers krav til følge hvor arbeidstaker har takket nei til den alternative stilling. Et viktig moment i vurderingen er om prosessen forut for oppsigelsene er ryddig og oppfyller det generelle krav til saklighet, herunder om oppsigelsene har blitt iverksatt i overensstemmelse med arbeidstakernes tillitsvalgte, jf. Rt. 2000 s. 1958.

3.3.2.3 Oppsigelsen skyldes hel eller delvis nedleggelse av driften

Dersom arbeidsgiver beslutter å nedlegge en stilling, en avdeling, eller virksomheten som sådan, reises spørsmålet om arbeidstaker kan påberope seg retten til å fortsette i stilling når stillingen ikke lenger eksisterer. I rettspraksis etter 1977-loven ble det slått fast at retten til å fortsette i stillingen kunne falle bort uten rettens avgjørelse i særlige tilfelle. Unntaket kom til anvendelse hvor det var klart at virksomheten hadde opphørt, og det ikke lenger var mulig å tilby arbeidstaker annet arbeid.⁷⁴

I Rt. 1990 s. 1126 (Wärtsilä) hadde et finsk morselskap besluttet nedleggelse av det norske datterselskapet, og administrerende direktør i sistnevnte selskap ble sagt opp. Oppsigelsen ble kjent gyldig. Arbeidstaker ble imidlertid tilkjent erstatning for tapte lønnsinntekter da han hadde reist søksmål innen lovens frister og hadde vært berettiget til å stå i stillingen under sakens behandling. Arbeidsgiver hadde fremsatt fratredelsesbegjæring, men denne ble ikke behandlet av retten. Om retten til å fortsette i stillingen uttalte annenvoterende:

⁷⁴ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 467

«Den stilling han krever lønn i, og den virksomhet han skulle ledet, har notorisk ikke eksistert etter 1. januar 1987, og det forekommer meg kunstig om arbeidsgiveren skulle vært henvist til å kreve kjennelse for fratreden fra en ikke-eksisterende stilling.»

I Rt. 1992 s. 776 (Sparebanken Nord-dommen), ble rettstilstanden på dette området klarlagt. Saken gjaldt nedbemanning i en bank hvor flere filialer ble nedlagt. Om retten til å stå i stillingen uttalte Høyesterett:

«Gode grunner taler for at retten til å fortsette i stilling må kunne bortfalle også uten avgjørelse av retten når det må anses helt på det rene at virksomheten er opphørt, og at arbeidstageren ikke kan tilbys annet arbeid eller ikke vil godta det arbeid som kan tilbys. At arbeidsmiljøloven § 61 nr 4 ikke uten videre skal gjelde ved nedleggelse, har en viss støtte i ordlyden. – Det er ikke naturlig å tale om å "fortsette i stillingen" når stillingen ikke lenger eksisterer. Retten til å fortsette i stillingen bør imidlertid bare kunne bortfalle uten avgjørelse av retten i de helt klare tilfelle.»

Dette utgangspunktet ble opprettholdt i Rt. 1997 s. 1941 (Nocus) hvor Høyesterett bemerket at det kun er i de helt klare tilfeller at retten til å stå i stillingen vil bortfalle uten rettens avgjørelse, og at utgangspunktet er at arbeidsgiver må fremsette fratredelsesbegjæring også hvor arbeidstaker ikke kan tilbys annen beskjeftigelse.⁷⁵

Da arbeidsmiljøloven av 2005 ble vedtatt, inneholdt § 15-11 fjerde ledd en bestemmelse om at arbeidstaker ikke hadde rett til å stå i stillingen hvor virksomheten som sådan var nedlagt. Ved endringslov av 21. desember 2005 nr. 121 ble dette unntaket fjernet fra loven før ikrafttredelse. I forarbeidene, Ot.prp.nr.24 (2005-2006) s. 5, bemerkes følgende om

⁷⁵ Til ytterligere illustrasjon vises til Rt. 2005 s. 646. Saken omhandlet arbeidstakers rett til å stå i stilling hvor selskapet han arbeidet for ble flyttet til Portugal. Høyesteretts kjæremålsutvalg opphevet lagmannsrettens avgjørelse om å ta arbeidsgivers krav til følge, under henvisning til at det ikke var tatt tilstrekkelig hensyn til at arbeidstaker kunne utføre sitt arbeid fra Norge.

endringen: «Som i dag bør det være opp til domstolen å foreta en konkret vurdering av om arbeidstaker har rett til å fortsette i stillingen. I rettspraksis er det eksempler på at domstolen har kommet til at retten til å fortsette i stillingen ikke gjelder ved nedleggelse av virksomhet.» Denne endringen hadde som konsekvens at rettstilstanden etter loven av 1977 ble videreført.

Ved endringslov nr. 39/2009 ble det i § 15-11 annet ledd tilført et tredje punktum som angir at arbeidsgiver må kreve rettens kjennelse for fratreden også ved «...hel eller delvis nedleggelse av virksomheten.» I Ot.prp.nr.54 (2008-2009) på side 70-71 uttales følgende om tilføyelsen i loven:

«Etter departementets mening er rettstilstanden i dag uklar og lite forutsigbar i nedleggelsessituasjoner. Det er i praksis vanskelig å vite om man står overfor et «klart tilfelle», slik at fratredelseskjennelse ikke er påkrevet. Lovens regime er at arbeidstaker har rett til å fortsette i stillingen, og at det er domstolen som skal ta stilling til om arbeidstaker likevel skal fratre. Det er derfor grunn til å understreke at dette også gjelder ved hel eller delvis nedleggelse av en virksomhet. En klargjøring av utgangspunktet vil også være en fordel for arbeidsgiver, som nå gjerne tar en risiko ved å avslutte arbeidsforholdet uten å ha fått rettens kjennelse. Det vises i denne forbindelse til Rt-1990-1126 (Wärtsilä) hvor arbeidstaker ble tilkjent erstatning for tapt lønn frem til Høyesteretts dom.»

Departementet uttaler videre at endringen kun tar sikte på å klargjøre hvilken prosedyre arbeidsgiver må følge hvor han eller hun mener det vil være urimelig at arbeidstaker står i stilling. Det er domstolene som skal ta stilling til om det vil være urimelig om arbeidsforholdet fortsetter mens saken er under behandling.

Rettstilstanden er i dag altså den at arbeidsgiver også ved hel eller delvis nedleggelse av virksomheten må kreve rettens kjennelse for fratreden jf. § 15-11 annet ledd tredje punktum. I NOU-2004-5 s. 564 uttales: «Det forhold at arbeidet er bortfalt som følge av at

virksomheten er delvis nedlagt vil normalt måtte tillegges vesentlig vekt.» Dersom virksomheten er helt nedlagt kan det, utenom særlige tilfeller, vanskelig tenkes at arbeidsgiver ikke skal gis medhold i sin fratredelsesbegjæring. Annerledes stiller det seg ved delvis nedleggelse, men retten må uansett foreta en helhetlig vurdering av de ulike interesser som gjør seg gjeldende.

Hvor virksomheten er nedlagt før oppsigelsesfristen er utløpt melder det seg særlige spørsmål med hensyn til arbeidstakers rett til lønn og partenes øvrige forpliktelser etter arbeidsavtalen. Etter den tidligere rettstilstand måtte arbeidsgiver holde seg til arbeidsavtalen vedrørende de økonomiske ytelser med videre, selv om virksomheten var nedlagt og arbeidstaker derav måtte fratre, jf. Rt. 1992 s. 776 og Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 336. I forarbeidene til endringslov av 19. juni 2009 nr.39 fremgår ingen holdepunkter for å fastslå hvorvidt meningen var at kjennelse om fratreden kan få virkning før oppsigelsesfristen er utløpt.⁷⁶ I teorien er det antatt at den beste løsning hvor virksomheten er helt nedlagt, er at en fratredelseskjennelse kan få virkning før oppsigelsestidens utløp. Bakgrunnen for dette er at retten til å stå i stilling innebærer krav på lønn, i tillegg til en rett til å fortsette å arbeide. Selv om arbeidstaker må fratre før oppsigelsesfristens utløp vil lønnskravet etter dette fortsatt være i behold ut oppsigelsestiden.⁷⁷

3.3.2.4 Oppsigelsen skyldes arbeidstakers forhold

Hvor oppsigelsen er begrunnet i arbeidstakerens forhold er utgangspunktet at retten normalt skal ta arbeidsgivers krav om fratreden til følge. Rettspraksis har for disse tilfeller fulgt forarbeidenes uttalelser hvor det fremgår at retten i disse tilfelle skal bestemme at arbeidstaker skal fratre.⁷⁸ I Rt. 2002 s. 712 har Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalt følgende om vurderingstemaet: «Ved vurderingen av om arbeidstakeren ved oppsigelse på grunn av for-

⁷⁶ Øverberg (2013) note 5

⁷⁷ I.c.

⁷⁸ Ot.prp.nr.41 (1975-76) s. 75

gåelse fra arbeidstakers side skal fratre under sakens behandling, må det i tillegg til forgåelsens karakter legges vekt på om grunnlaget for oppsigelsen fremstår som tvilsomt og det sannsynlige utfall av oppsigelsessaken...» Videre uttales: «Dette medfører at spørsmålet stiller seg noe forskjellig etter som om hovedforhandling er avholdt eller ikke.»

Man ser av rettens kjennelse at forgåelsens art og sakens sannsynlig utfall vil være av betydning i urimelighetsvurderingen. Dersom saken sannsynligvis vil resultere i at oppsigelsen er rettmessig, vil retten ofte komme til at arbeidstaker må fratre under sakens videre behandling. I disse tilfeller vil dessuten arbeidsgivers saksbehandling, herunder brudd på skrevne og uskrevne saksbehandlingsregler, spille inn i vurderingen, idet arbeidsgivers saksbehandling også er et element i saklighetsvurderingen.

En naturlig språklig forståelse av uttrykket «forgåelse fra arbeidstakers side», er at det har funnet sted forhold som kan karakteriseres som klanderverdig. Det må være noe å bebreide arbeidstaker.⁷⁹ Begrepet forgåelse favner imidlertid meget vidt. Eksempelvis omfattes skoft, gjentagende sent oppmøte på arbeidsstedet og straffbare forhold av begrepet. For at det i denne sammenheng skal være tale om en forgåelse, må forholdet være av en slik art at det gir arbeidsgiver saklig grunn for oppsigelse.⁸⁰ Ettersom hovedregelen, også ved oppsigelser grunnet arbeidstakers forhold, er at arbeidstaker har rett til å fortsette i stillingen, tar Jakhelln til orde for at det trolig ikke vil være tilstrekkelig at handlingene isolert sett gir grunnlag for saklig oppsigelse.⁸¹ Forgåelsene må etter hans syn være av en slik art at det vil være urimelig å kreve at arbeidsgiver skal måtte tåle at arbeidsforholdet fortsetter til saken er rettskraftig avgjort. Både forhold som har funnet sted på arbeidsstedet i tilknytning til arbeidet, og forhold utenfor tjenesten omfattes. Hvordan arbeidstaker forholder seg i sin fritid vil for enkelte yrkesgrupper kunne ha direkte betydning for stillingens anseelse og tillit.

⁷⁹ Jakhelln (2006) s. 937

⁸⁰ Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s. 75

⁸¹ Jakhelln (2006) s. 937

I Rt. 1992 s. 1547 var det spørsmål om arbeidstaker etter begjæring fra arbeidsgiver skulle fratre sin stilling som bankfunksjonær mens saken verserte for domstolene. Arbeidstaker hadde misbrukt sin stilling til uberettiget å foreta uttak på til sammen 76 000 kroner. Om forgåelsens karakter uttalte Høyesteretts kjæremålsutvalg:

«De påståtte forgåelser i denne sak er etter utvalgets oppfatning av en slik karakter at bankens krav om fratreden under saken bør tas til følge. Det er tale om misbruk av stilling for å oppnå uberettigede uttak av tilsammen ca 76.000 kroner. At arbeidstakeren har en underordnet stilling og ikke har direkte publikumskontakt, kan etter omstendighetene ikke sette saken i en annen stilling. At hun av økonomiske grunner har et sterkt behov for å beholde stillingen, er et forhold som ofte vil foreligge i oppsigelsessaker og kan ikke tillegges noen vesentlig vekt i denne sak.»

Kjæremålsutvalget vektla at arbeidstaker var tilsatt i en betrodd stilling, og at hun hadde misbrukt den tilliten hun var tildelt gjennom stillingen. Dette forholdet ble ansett så grovt at interesseavveiningen gikk i arbeidsgivers favør.

Videre nevnes Rt. 1986 s. 722 som omhandlet et tilfelle hvor arbeidstaker var meddelt oppsigelse grunnet alvorlige forgåelser. Disse forgåelser besto blant annet i at arbeidstaker hadde medvirket til å henge ut bedriften i pressen, samt at hun hadde medvirket til demonstrasjoner mot bedriften. Også etter at hun var sagt opp hadde arbeidstaker opprettholdt den klanderverdige opptreden. Lagmannsretten tok arbeidsgivers begjæring om fratreden til følge. I kjæremålet hevdet arbeidstaker blant annet at lagmannsretten hadde bygget sitt standpunkt på uriktig faktum. I den konkrete urimelighetsvurderingen sluttet kjæremålsutvalget seg til lagmannsrettens resultat og begrunnelse. Kjæremålsutvalget uttalte:

«De påståtte forgåelser er av en alvorlig karakter. På grunnlag av den beskrivelse som er gitt i flertallets domspremisser, er utvalget enig i at den kjærende parts påståtte uakseptable adferd både før og etter oppsigelsen, sett i sammenheng, har gjort

at forholdet mellom henne og bedriften, og også forholdet til en rekke av hennes kolleger, er blitt uholdbar. Utvalget er da enig med flertallet når det uttaler: "Det teller da lite at fru Wedvich i tiden etter 6. desember 1985 stort sett har holdt "en lav profil" frem til ankeforhandlingen." De vanskeligheter Angela Wedvich vil få ved at hun nå må fratre, kan da ikke tillegges avgjørende betydning ved den samlede vurdering.»

Også i denne saken var det tale om grove forhold på arbeidstaker side som hadde den følge at tillitsforholdet mellom partene var brutt. Arbeidstaker opptrådte klart i strid med den ulovfestede lojalitetsplikten som gjør seg gjeldende i ethvert arbeidsforhold. Videre utgjorde arbeidstaker et uromoment på arbeidsstedet som hadde negative følger for de øvrige ansatte.

Til videre illustrasjon nevnes LB-2002-3586, hvor arbeidsgiver hadde fremmet fratredelsesbegjæring under ankeforberedelsene til lagmannsretten. Tingretten hadde tidligere kommet til at oppsigelsen grunnet arbeidstakers dårlige samarbeids- og lederegenskaper var saklig. Om forholdene på arbeidstakers side uttalte lagmannsretten:

«Selv om tingrettens dom er påanket og lagmannsretten skal foreta en ny vurdering av oppsigelsens saklighet, må det ut fra den beskrivelse som er gitt i tingrettens domspremisser kunne legges til grunn at det er betydelige problemer med As lederegenskaper og hans evne til tverrfaglig samarbeid. Samlet sett er dette forhold av alvorlig karakter – særlig tatt i betraktning at A innehar en stilling innen kommunens toppledelse. Lagmannsretten finner ikke grunn til å betvile kommunens opplysninger om at problemene med A har bidratt til omorganiseringer og nødløsninger som ikke er heldige eller effektive sett fra kommunens side.»

Lagmannsretten kom til at urimelighetsvilkåret var oppfylt, og arbeidstaker måtte fratre sin stilling. Kjennelsen illustrerer videre betydningen av tidligere instansers avgjørelse i saken. Dette momentet vil bli behandlet under punkt 3.3.3.

I LG-2009-31128-1 tok retten ikke arbeidsgivers fratredelsesbegjæring til følge. En 44 år gammel mann som arbeidet ved renholdsseksjonen ved Haukeland universitetssykehus ble sagt opp fra sin stilling grunnet problematisk oppførsel på arbeidssstedet, som blant annet besto i ordrenekt og til dels aggressiv opptreden i forhold til sine kolleger. Han hadde flere ganger mottatt advarsler fra arbeidsgiver uten å endre adferdsmønster. Under tvil kom retten til at det ikke ville være urimelig at arbeidstaker fikk stå i stillingen til saken var avgjort, blant annet under henvisning til at arbeidstaker allerede hadde stått i stillingen i to år etter at oppsigelsen var gitt, og at det neppe ville innebære noen økonomisk belastning for arbeidsgiver om arbeidstaker fortsatte i stillingen.

Dette betyr at det stilles visse krav til forholdets alvorlighetsgrad for at arbeidsgiver skal få medhold i fratredelsesbegjæringen. Hvor det er tale om klare tillitsbrudd, særlig for ansatte i ledende eller betrodde stillinger, vil begjæringen lettere bli tatt til følge. Brudd på den ulovfestede lojalitetsplikten som påhviler arbeidstaker vil også tale for fratreden. I alle tilfeller er det likevel tale om en helhetsvurdering hvor flere momenter skal tas i betraktning.

3.3.2.5 Særlig om stillingens art – arbeidstakere i ledende stillinger

Hvor arbeidstaker innehar en ledende stilling, vil det naturlig stilles større krav til et vel fungerende tillits- og samarbeidsforhold mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, og arbeidstaker og virksomhetens øvrige ansatte. Saklighetskravet ved oppsigelser er av relativ art, da både stillingens karakter og virksomhetens formål vil kunne ha betydning for hvor sterkt oppsigelsesvernet er i det enkelte tilfellet. Dette gjør seg også gjeldende ved vurderingen av hvorvidt det vil være urimelig om arbeidstaker får stå i stillingen.⁸² Er det tale om arbeidstakere i ledende stillinger skal det mindre til både for at en oppsigelse anses saklig og for at det vil være urimelig at arbeidstaker fortsetter i sin stilling under domstolsbehandlingen.

⁸² Dege (2009) s. 1268

I Ot.prp.nr.49 (2004-2005) på side 239 uttales følgende om retten til å stå i stillingen for ansatte på høyeste nivå i virksomheten:

«Departementet legger til grunn at retten til å fortsette i stillingen, kan være upraktisk å gjennomføre ved oppsigelse av øverste leder i virksomheten. I de tilfellene denne kategorien oppsigelsessak har vært behandlet for domstolene, har retten anerkjent at det må stilles særlige krav til ledere. Departementet legger til grunn at det skal mindre til for at en leder må fratre enn en underordnet ansatt.»

Det samme utgangspunktet følger av rettspraksis, og kommer blant annet til uttrykk i Rt. 1999 s. 1998 hvor Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte: «Når oppsigelsen er begrunnet i arbeidstakerens forhold, må det imidlertid få vesentlig betydning om arbeidstakeren har en ledende stilling i bedriften...»

Videre nevnes LB-2009-64805. Saken gjaldt arbeidsgivers krav om at generalsekretæren i en fagforening skulle fratre mens saken var under domstolsbehandling. Under henvisning til Rt. 1999 s. 1998 uttalte lagmannsretten at hovedregelen om retten til å stå i stilling også omfatter virksomhetens daglige leder, men at: «...terskelen for å ta til følge et krav om fratreden er lavere for administrative ledere på høyeste nivå enn for andre ansatte. Det framgår av kjennelsen at det må "...få vesentlig betydning om arbeidstakeren har en ledende stilling i bedriften"...» Generalsekretæren var meddelt oppsigelse grunnet manglende lederkompetanse, adferd overfor andre ansatte, samarbeidsproblemer, og at det nødvendige tillitsforholdet hadde brutt sammen. Blant annet under henvisning til de nevnte faktorer ble arbeidsgivers fratredelsesbegjæring tatt til følge. Lagmannsretten påpekte at et motsatt resultat ville føre til «...betydelige problemer for driften av organisasjonen og for dens om-dømme både eksternt og internt...»

Som fremstillingen viser er terskelen for å ta arbeidsgivers fratredelsesbegjæring til følge lavere hvor det er tale om ansatte på ledernivå enn for andre ansatte.⁸³ Dette skyldes at virksomheten ofte vil påføres vesentlig større belastninger ved å bli pålagt å la daglig leder stå i stillingen enn en ansatt på lavere nivå.

For fullstendighetens skyld nevnes at lovgiver har anerkjent behovet for mer fleksible løsninger for virksomhetens øverste leder. I aml. § 15-16 åpnes for at det inngås avtale mellom arbeidsgiver og virksomhetens øverste leder om at tvister i forbindelse med opphør av arbeidsforholdet skal løses ved voldgift, jf. første ledd. Dersom slik avtale er inngått vil reglene i voldgiftsloven komme til anvendelse på forholdet, og arbeidstaker vil da ikke ha rett til å stå i stillingen frem til saken er avgjort av voldgiftsretten. Ettersom retten til å stå i stillingen gir arbeidstaker vern av inntekt mens saken verserer for domstolene, må den ansatte grundig overveie hvorvidt en voldgiftsklausul i ansettelsesavtalen skal aksepteres. Dessuten vil en voldgiftsbehandling kunne innebære større kostnader for partene enn om saken blir behandlet ved de ordinære domstoler, hvilket oftest vil ha størst betydning for arbeidstaker.⁸⁴

I annet ledd åpnes for at partene ved forhåndsavtale kan beslutte at lovens kapittel 15, herunder reglene om rett til å fortsette i stillingen, ikke skal komme til anvendelse mot at arbeidstaker får etterlønn ved fratreden.

3.3.3 Særlig om sakens sannsynlige utfall

Hva som sannsynligvis kommer til å bli det endelige utfallet av saken er av betydning når retten skal ta stilling til arbeidsgivers fratredelsesbegjæring. Både ved tingrettens behandling og ved ankeomgangen i lagmannsretten skal retten avgjøre begjæringen eller anken ut fra de opplysninger som er lagt frem i saken, uten den umiddelbare bevisføringen som fin-

⁸³ Til ytterligere illustrasjon vises til Rt. 2002 s. 712 og Borgarting lagmannsretts kjennelse (LB-2002-3586).

⁸⁴ Jakhelln (2006) s. 939

ner sted i en hovedforhandling.⁸⁵ Oppsigelsens gyldighet vil i fratredelsestilfellene underlegges en foreløpig vurdering. Om dette uttales i Rt. 1986 s.722:

«Dersom arbeidsgiveren krever kjennelse for fratredelse før hovedforhandling i første instans er holdt, eller kjennelse vedrørende dette spørsmål forelegges for kjæremålsinstansen til avgjørelse, vil det som regel ikke foreligge tilstrekkelig grunnlag til å foreta en full bevisbedømmelse. Det retten da er henvist til å ta stilling til, er – som fremhevet i lovforarbeidene – om den påståtte forgåelse er av en slik art at den kan gi saklig grunn for oppsigelse. Dette må retten vurdere på grunnlag av det materiale den har til disposisjon. Herunder må den også vurdere om grunnlaget for oppsigelsen « synes tvilsomt »...»

I Rt. 2000 s. 739 uttalte Høyesteretts kjæremålsutvalg følgende om rettens vurdering av arbeidsgivers krav før hovedforhandling er berammet: «Retten må ha adgang til å ta stilling til arbeidsgivers krav om fratreden selv om hovedforhandling i saken ikke er berammet. At retten har en slik adgang, vil regelmessig også være i arbeidsgivers interesse.»

I flere saker har retten lagt betydelig vekt på sakens sannsynlige utfall, jf. Rt. 1992 s. 1681, Rt. 1991 s. 330 og Rt. 1996 s. 812. I Rt. 2000 s. 525 ble det understreket at dette kun er ett moment blant flere i den helhetlige urimelighetsvurderingen:

«Etter loven er det avgjørende om det finnes urimelig at arbeidsforholdet opprettholdes under sakens behandling. Det sannsynlige, endelige utfall av prøvingen av oppsigelsen er et moment i denne vurderingen, jf. Rt-1984-400 og de avgjørelser som det er vist til i kjæremålserklæringen. Men også andre hensyn kommer inn.»

⁸⁵ Dege (2009) s. 1265

Vekten av dette momentet vil imidlertid bero på hvor klare holdepunkter retten har for å gjøre seg opp en mening om sakens endelige utfall, og hvor sterkt de øvrige momenter taler for fratrede. Dette er berørt i Rt. 1993 s. 1096 og Rt. 2000 s. 739. I førstnevnte sak sluttet Høyesteretts kjæremålsutvalg seg til lagmannsrettens vurderinger, og siterte følgende fra lagmannsrettens kjennelse:

«Er retten ut fra det fremlagte materiale i tvil og det endelige resultat bl.a. avhengig av en vurdering av de forklaringer som vil kunne avgis under en muntlig rettsforhandling, må det spørres om det er særlige grunner som likevel gjør at arbeidstakeren bør fratre i førtid. Lagmannsretten er enig med herredsretten i at det i så tilfeller må kreves noe mer enn et vanlig motsetningsforhold for at arbeidsgiveren skal gis medhold i et slikt krav.»

Det kan således legges til grunn at det vil stilles strengere krav til de øvrige momenter hvor sakens sannsynlige utfall fremstår som tvilsomt.

I Rt. 2000 s. 739 var utfallet av saken så tvilsomt at kjæremålsutvalget fant at momentet ikke kunne tillegges avgjørende vekt. Saken omhandlet en ansatt i Phillips Petroleum Company Norway som var oppsagt grunnet nedbemanning i selskapet. Arbeidsgiver hadde begjært fratreden under oppsigelsessakens behandling. Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte om sakens sannsynlige utfall: «Det er nok mulig at Phillips har rett i at anken kan vise seg ikke å stå særlig sterkt, men utvalget er likevel blitt stående ved at oppsigelsessakens utfall ikke fremstår som så klart at dette moment her bør være avgjørende.»

Kjæremålsutvalget oppstilte her et klarhetskrav for at sakens sannsynlige utfall som moment skulle tillegges vekt av betydning. Det synes å være naturlig at det legges mindre vekt på et moment som fremstår som usikkert, slik at de øvrige momentene som foreligger til vurdering tillegges større betydning i den konkrete sak.

I praksis har det også blitt sett hen til tidligere avgjørelser i saken. I Rt. 2004 s. 1413 uttalte Høyesteretts kjæremålsutvalg: «Dersom oppsigelsen er opprettholdt i tingretten, og eventuelt lagmannsretten, er dette et moment for at arbeidstaker skal fratre under saken...» Det samme kommer til uttrykk i Rt. 2002 s. 712. Hva tidligere instanser har kommet til vil kunne gi en viss indikasjon på hva som trolig vil bli resultatet i neste instans. Imidlertid er dette et usikkert moment. I LB-2006-135476-1 uttalte lagmannsretten følgende om tingrettens avgjørelse: «Dommen er avsagt under dissens, og den er anket. Det kan ikke ses bort fra at den kan bli endret i ankeomgangen uten at det er nødvendig for lagmannsretten å ha noen mening om hva som er mest sannsynlig.»

I denne forbindelse er det særlig viktig å være oppmerksom på at saklighetsvurderingen etter § 15-7 er en annen enn urimelighetsvurderingen etter § 15-11. At retten kommer til at oppsigelsen er saklig vil ikke være ensbetydende med at det vil være urimelig at arbeidstaker gis rett til å stå i stillingen.

Oppsummeringsvis følger at retten som hovedregel vil legge stor vekt på hva som sannsynligvis vil bli det endelige resultatet av oppsigelsessaken. Imidlertid kommer de øvrige momentene også i betraktning, og hvor sakens endelige utfall er usikkert vil andre momenter tillegges større vekt. Arbeidsgiver må således sørge for å gjøre det tilstrekkelig klart hva som er grunnlaget for oppsigelsen ettersom det vil tale i favør av en fratredebegjæring at oppsigelsen sannsynligvis er saklig.

3.3.4 Hensynet til de øvrige ansatte

Ved urimelighetsvurderingen er hensynet til de øvrige ansatte ett av momentene retten skal se hen til. Hvor bedriften har besluttet nedbemanning kan en rett for arbeidstaker til å stå i stilling i praksis innebære at andre ansatte må permitteres, eller sies opp fra sine stillinger. Dette vil være en lite heldig konsekvens som taler for at arbeidstaker må fratre. Videre kan det ha negativ innvirkning på arbeidsmiljøet om arbeidstaker fortsetter i stillingen. Dette kan spesielt være tilfellet hvor arbeidstaker er sagt opp grunnet egne forhold, eksempelvis

hvor den ansatte er skyld i betydelige samarbeidsproblemer på arbeidssstedet, eller arbeidstaker har trakassert andre ansatte.

I LA-2003-786 ble følgende uttalt: «Forholdet til øvrige arbeidstakere kan også trekkes inn, i den utstrekning en kjennelse for fratreden er nødvendig for å skape ro i forhold til disse.»

Hensynet til arbeidsmiljøet og de øvrige ansatte vil særlig være aktuelt i mindre bedrifter. Til illustrasjon nevnes LB-2008-50901, hvor en arbeidstaker på et ridesenter var meddelt oppsigelse på grunn av problematisk oppførsel. Retten kom til at det ville være urimelig om den ansatte fikk stå i sin stilling under sakens behandling, blant annet under henvisning til at det var tale om en liten virksomhet. Av kjennelsen siteres: «Videre legges det vekt på at ridesentret er en liten bedrift hvor man er avhengig av at de ansatte samarbeider tilfredsstillende.»

Det må imidlertid trekkes en grense for hvilke forhold det er relevant å ta i betraktning. At samarbeidsforholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver har blitt dårligere etter tvisten og den tilhørende domstolsbehandlingen, er en naturlig konsekvens som derfor ikke isolert sett bør få negative følger for arbeidstaker.⁸⁶ Høyesteretts kjæremålsutvalg har imidlertid i Rt. 1992 s. 1688 tatt til orde for at det i enkelte tilfeller kan vektlegges at konflikten mellom partene har negative bivirkninger på arbeidsmiljøet. I denne saken var det tale om en svært liten bedrift.

I Rt. 1993 s. 1096 fremheves at det skal noe mer til enn et vanlig motsetningsforhold mellom partene for at forholdet skal vektlegges. De beste grunner taler for at konfliktforholdet mellom partene kun vil være av relevans hvor det er tale om ekstraordinære motsetningsforhold, og hvor virksomheten er så liten at det negative forholdet vil ha klar smitteeffekt til arbeidsmiljøet for øvrig.

⁸⁶ Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s. 75

Det er heller ikke anledning til å vektlegge at den som bestrider gyldigheten av oppsigelsen blir bedre stilt enn de arbeidstakerne som aksepterer oppsigelsen, og må fratre ved utløpet av oppsigelsestiden. I Rt. 1987 s. 117 uttalte Høyesteretts kjæremålsutvalg at dette er en forskjellsbehandling som er tilsiktet. Lagmannsretten avgjørelse ble opphevet under henvisning til at denne hadde lagt en uriktig lovforståelse til grunn. Om dette uttalte kjæremålsutvalget: «Ved å trekke inn i vurderingen at den kjærende part vil oppnå en urimelig fordel fremfor de 16 andre oppsagte om han får fortsette i stillingen, har lagmannsretten derfor lagt vekt på et hensyn som ikke lovlig kan tas i vurderingen.»

3.3.5 Konsekvensene for partene – herunder partenenes økonomiske belastning

Hvilke konsekvenser det vil ha for partene at arbeidstaker enten får fortsette i sin stilling eller må fratre vil ha stor betydning i rettens helhetsvurdering. Av NOU-2004-5 s. 564 følger at det ved vurderingen av konsekvensene for arbeidsgiver kan legges vekt på «...arbeidsgivers økonomi og behovet for å få gjennomført kostnadsreduksjoner, bemanningsendringer mv. raskt.» I vurderingen av konsekvensene for arbeidstaker uttales at det vil «...særlig måtte legges vekt på betydningen av tap av inntekt og mulighet for å fortsette i stillingen dersom søksmålet fører fram.»

De økonomiske følger for begge parter er således av sentral betydning. Dersom bedriftens økonomiske situasjon er meget vanskelig, slik at det vil true virksomhetens videre eksistens om arbeidstaker fortsetter i stillingen, vil dette være et moment for fratredeelse.⁸⁷ Imidlertid kreves ikke at virksomheten er på randen av konkurs for at en fratredeelsesbegjæring skal tas til følge. Det må vurderes om bedriften evner å bære lønnsbyrden ved at arbeidstaker gis rett til å stå i stillingen, jf. Rt. 1993 s. 1096.

⁸⁷ Jf. Rt. 1989 s. 1041

Av Rt. 1991 s. 330 følger at det i vurderingen må legges vekt på den økonomiske belastningen det vil innebære for arbeidsgiver dersom han må betale lønn til arbeidstaker under sakens behandling. Arbeidsgiver fikk medhold i sin begjæring til tross for at fratreden ville ramme arbeidstaker hardt, ettersom de hensyn som talte for fratreden var særlig tungtveiende.

I Rt. 1992 s. 1681 var arbeidstaker meddelt oppsigelse på grunn av manglende oppdrag for virksomheten. Høyesteretts kjæremålsutvalg sluttet seg til lagmannsrettens begrunnelse og siterte følgende fra lagmannsrettens premisser:

«Lagmannsretten er, ut fra en totalvurdering, kommet til at bedriftens behov for raskt å få gjennomført rasjonaliseringen av innkjøpsavdelingen, er så sterke at det ville være urimelig om tiltakene måtte utsettes til rettskraftig avgjørelse forelå. Lagmannsretten viser til bedriftens meget vanskelige situasjon og til at den kostnadsbesparende effekt vil utebli mens Hellstrøm står i stillingen. Hans oppgave skal overføres til andre som må yde mere. Det betyr merkostnader på kr 400.000,- i året. Situasjonen er således ikke at det finnes arbeid for to innkjøpere. Mot dette må vurderes de uomtvistelige ulemper det får for Hellstrøm å bli arbeidsledig i et meget anstrengt arbeidsmarked.»

Arbeidstakers kjæremål ble etter dette forkastet.

I samme retning går Rt. 1992 s. 1688 hvor én av i alt fire sjåførlærere ved Solheim Trafikkskole ble sagt opp grunnet reduksjon i omsetningen. Arbeidsgiver fikk medhold i sitt krav om fratreden. Kjæremålsutvalget kom til at lagmannsretten ikke hadde bygget på en uriktig forståelse av lovens bestemmelse. Det ble lagt vekt på at mulighetene for alternativ plassering eller andre arbeidsoppgaver for arbeidstakeren var sterkt begrenset da det var tale om en liten virksomhet. Videre ble det vist til en omsetningssvikt på 25 prosent i forholdt til året før. Lagmannsretten kom til at det ville være urimelig om arbeidstaker skulle fortsette i sin stilling grunnet den økonomiske belastningen dette ville innebære for trafikkskolen.

Endelig ble det vist til at forholdet mellom partene var anspent og at dette hadde negative følger for arbeidsmiljøet.

I Rt. 1994 s. 639 (SAS-hotellet) fikk arbeidsgiver medhold i sin begjæring om fratreden grunnet bedriftens behov for rasjonalisering og driftsinnskrenkning. Det ble lagt vekt på at gjennomføringen av den planlagte rasjonalisering og driftsinnskrenkning var nødvendig for å oppnå et bærekraftig økonomisk resultat. At arbeidstaker hadde en annen heltidsstilling ble også tatt i betraktning ved vurderingen av de økonomiske konsekvenser en fratreden ville ha for den ansatte.

Til videre illustrasjon nevnes LH-2002-518, hvor én av 45 ansatte ved et hotell ble sagt opp grunnet omsetningssvikt. Arbeidsgivers krav om fratreden ble ikke tatt til følge da retten kom til at det ikke var sannsynliggjort at «...fraværet av avlønning for Sigmund Knutsens stilling i påvente av rettskraftig avgjørelse er av sentral betydning for virksomhetens økonomi på kortere eller lengre sikt.»

På den annen side vil de økonomiske konsekvenser for arbeidstaker måtte vektlegges i tillegg til øvrige forhold som taler i den ansattes favør. Inntektstapet for arbeidstaker kan ha store følger, og er dermed et viktig moment i helhetsvurderingen. Det skal foretas en konkret vurdering i forhold til den enkelte, og det vil ha betydning om arbeidstaker er aleneforsørger eller har nådd en alder hvor det vil bli vanskelig å skaffe seg ny beskjeftigelse. Videre vil ansiennitet og mobilitet være forhold retten skal vurdere.⁸⁸ Er arbeidstaker aleneforsørger vil hensynet til vern av den ansattes lønnskrav komme inn med full tyngde. Dersom arbeidstaker er nær pensjonsalder vil hensynet til kontinuitet i arbeidsforholdet være sterkt fremtredende. I LA-2009-189766 ble det tatt hensyn til at arbeidstaker var 62 år og hadde et tungt forsørgeransvar.

⁸⁸ Jakhelln (2006) s. 938

3.3.6 Øvrige momenter

I tillegg til de momentene som er behandlet ovenfor vil det i den konkrete sak kunne gjøre seg gjeldene andre forhold som må tas i betraktning.

I Rt. 2000 s. 739 tok Høyesteretts kjæremålsutvalg stilling til saksbehandlingstidens lengde som moment i saken. Arbeidsgiver hadde anført at uforholdsmessig lang saksbehandlingstid for lagmannsretten var et forhold som måtte tillegges vekt. Om dette uttalte kjæremålsutvalget:

«Utvalget kan ikke se at saksbehandlingstiden i dette tilfellet vil bli av en slik lengde at dette forhold kan tillegges særlig betydning i den helhetsvurderingen som her skal foretas. Det er derfor heller ikke grunn til å gå nærmere inn på om partene kan bebreides for at hovedforhandling ikke har kunnet bli berammet tidligere.»

I saken var det tale om i underkant av åtte måneder fra kjennelsen vedrørende fratredelsesbegjæringen ble avsagt, til hovedforhandling for lagmannsretten var berammet. Uttalelsene kan tyde på at en saksbehandlingstid på omtrent åtte måneder ikke vil få noen betydning for fratredelsesvurderingen, men at en lang saksbehandlingstid som skyldes den ene av partene kan bli tillagt vekt i vedkommendes disfavør.

Et annet forhold som kan tas i betraktning er at det foreligger et permitteringsbehov i virksomheten, og at de øvrige ulovfestede vilkår for permittering er oppfylt. Av Rt. 1984 s. 400 fremgår at et moment kan være om arbeidsgiver påviser at det ville vært adgang til å permittere arbeidstakeren dersom han ikke hadde blitt sagt opp. Ved permittering suspenderes partenes rettigheter og plikter i en tidsbestemt periode, og det tas sikte på at arbeidstaker skal tilbake i arbeid så snart virksomheten kan sysselsette arbeidstaker igjen. Vilkårene for permittering er at det foreligger saklig grunn, herunder at permittering er et nødvendig tiltak, samt at behovet er av forbigående art. Dersom det foreligger adgang til å permittere ansatte vil bedriften være i en vanskelig situasjon, hvilket vil tale for at arbeidsgiver gis medhold i fratredelsesbegjæringen.

3.4 Virkningene av at arbeidsgiver får medhold i sin begjæring - frist for fratreden

3.4.1 Utgangspunktet

Dersom retten kommer til at arbeidstaker plikter å fratre, skal retten etter § 15-11 annet ledd fjerde punktum samtidig fastsette en frist for fratreden. Dersom retten unnlater å fastsette en slik frist, utgjør dette en saksbehandlingsfeil som vil føre til opphevelse, jf. Rt. 1985 s. 412, hvor Høyesteretts kjæremålsutvalg opphevet lagmannsrettens kjennelse under henvisning til at det ikke var fastsatt fratredelsesfrist. Av Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse inntatt i Rt. 1988 s. 783 fremgår at retten ikke kan sette frist for fratreden til et tidspunkt som ligger forut for avgjørelsen. Fristen kan heller ikke settes til et tidspunkt som ligger forut for utløpet av oppsigelsestiden.⁸⁹ Hvor arbeidstaker har en meget lang oppsigelsestid vil virkningen av dette i praksis være at det vil gå lang til før rettens beslutning om fratredelse kan gjennomføres.⁹⁰ I forarbeidene til 2005-loven er det uttalt at fratredelsesfristen ikke bør være kortere enn 14 dager.⁹¹ Dette i likhet med hva som var praksis etter 1977-loven.

Et særlig tilfelle er hvor arbeidstaker har fratrådt på grunn av at virksomheten har opphørt. For disse tilfeller vil fratredelsestidspunktet kunne settes til tidspunktet for den faktiske fratredelse, jf. Rt. 1992 s.776, Sparebanken Nord-dommen. Ettersom arbeidstakers stilling ikke lenger eksisterer ved opphør av virksomheten, vil fratredelsestidspunktet kun ha praktisk betydning for å fastslå når arbeidsgiver ikke lenger plikter å betale lønn til arbeidstaker. Arbeidstaker har ikke lenger krav på lønn etter fratredelsestidspunktet. Skulle oppsigelsen

⁸⁹ Jakhelln (2006) s. 943

⁹⁰ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 476

⁹¹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 240

senere bli kjent ugyldig kan arbeidstaker, i medhold av aml. § 15-12 annet ledd, kreve erstatning for tapt arbeidsinntekt.

Videre kan retten ikke avsi kjennelse for at arbeidstaker skal fratre, men beholde retten til lønn eller andre ytelser som følge av arbeidsforholdet, jf. Rt. 1983 s. 1558.

Når fratredelsesfristen er utløpt har arbeidstaker ikke lenger krav på lønn og andre godtgjørelser, eller rett til å utføre arbeid hos arbeidsgiver. Arbeidstaker må levere tilbake nøkler og adgangskort, og dersom den ansatte disponerer bil eller mobiltelefon tilknyttet arbeidsforholdet, må dette leveres tilbake til arbeidsgiver.⁹² I Rt. 1982 s. 1704 var det blant annet spørsmål om arbeidstakers rett til å disponere firmabolig etter at arbeidsgiver hadde fått medhold i sin fratredelsesbegjæring. Spørsmålet ble berørt men ikke avgjort. Høyesteretts kjæremålsutvalg bemerket at vurderingen av om arbeidstaker fortsatt skulle ha rett til å disponere boligen måtte bero på hvorvidt husleielovens regler kom til anvendelse på leieavtalen eller ikke. Kjæremålsutvalget fant ingen holdepunkter for å ta stilling til om så var tilfelle i saken.

Dersom arbeidstaker har utestående lønn eller feriepenger plikter arbeidsgiver å utbetale dette i et endelig oppgjør.⁹³ Dersom oppsigelsen senere skulle bli kjent ugyldig kan arbeidstaker i medhold av aml. § 15-12 kreve erstatning for lønnstapet.⁹⁴

⁹² Dege (2009) s. 1280

⁹³ I.c.

⁹⁴ Fougner (2006) s. 832

4 Enkelte problemstillinger knyttet til ankeadgang

En kjennelse som bestemmer at arbeidstaker skal fratre, eller bli stående i stillingen er en midlertidig realitetsavgjørelse. Slike kjennelser kan i medhold av tvisteloven § 29-5 første ledd og § 30-3 påankes til henholdsvis lagmannsrett eller Høyesterett med en ankefrist på en måned fra forkynnelse.⁹⁵ Hva gjelder kjennelsenes rettskraft følger det av NOU 2001:32A at rettskraft av kjennelser etter aml. § 15-11 annet ledd vil bero på utfallet av begjæringen. På side 403 fremgår:

«Rettskraften av kjennelser etter arbeidsmiljøloven § 61 nr. 4 i spørsmål om en arbeidstaker skal fratre eller gis rett til å stå i stillingen mens tvisten om oppsigelsen verserer for domstolene, beror etter rettspraksis på utfallet av avgjørelsen. At arbeidsgiveren ikke har fått medhold i en begjæring om fratreden, er ikke ansett å være til hinder for at han kan fremme ny begjæring senere hvis det pretendes at spørsmålet nå bør bedømmes annerledes.»

Hvor spørsmålet om fratreden har vært avgjort i arbeidsgivers disfavør under saksforberedelsen, innebærer dette således ikke at arbeidsgiver er avskåret fra å kreve ny behandling av spørsmålet under hovedforhandlingen, så lenge det pretendes at saken nå må bedømmes på en annen måte.⁹⁶ I praksis vil en ny begjæring fra arbeidsgiver ofte begrunnes med at det i tiden etter at kjennelsen ble avsagt har oppstått nye forhold, eller at retten når hovedsaken er til behandling bør ha bedre grunnlag for å avsi kjennelse for fratreden.⁹⁷

I Rt. 1989 s. 225 ble lagmannsrettens kjennelse opphevet under henvisning til at fratredesspørsmålet ikke ble behandlet på nytt i ankesaken om oppsigelsens gyldighet. Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte: «Etter utvalgets oppfatning kan man ikke av loven ord "under

⁹⁵ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 477

⁹⁶ I.c.

⁹⁷ Agaard (2012) s. 423

sakens behandling" og rettskraftbetraktninger trekke en slik slutning [som innebærer at arbeidsgiver taper retten til å begjære fratreden på ny når tingretten har avgjort spørsmålet i arbeidstakers favør og kjennelsen ikke er påanket].» (min tilføyelse.) Videre uttales:

«Utvalget antar at de beste grunner taler for å anse rettens avgjørelser etter den nevnte bestemmelse i arbeidsmiljøloven som midlertidige, iallfall i den forstand at arbeidsgiveren etter omstendighetene må kunne kreve fratredelsesspørsmålet påkjent av retten påny når oppsigelsessaken er bragt inn for ankeinstansen.»

Om endrede forhold som begrunnelse for ny begjæring fra arbeidsgiver fremgår: «Det er da i seg selv ikke rimelig at arbeidsgiveren skal være avskåret fra å kreve spørsmålet vurdert av retten påny, om han mener at betingelsene har endret seg.»

I Rt. 1999 s. 1158 slår Høyesteretts kjæremålsutvalg fast at arbeidsgiver kan fremme sitt krav på nytt i forbindelse med hovedforhandling for tingretten, selv om lagmannsretten har avgjort spørsmålet i arbeidsgivers disfavør under saksforberedelsen. Fra kjennelsen siteres:

«Utvalget legger etter dette til grunn at selv om spørsmålet om fratreden har vært avgjort av en overordnet rett i forbindelse med saksforberedelsen, må den underordnede rett i forbindelse med avgjørelse av selve saken i lys av det som er kommet frem under hovedforhandlingen, på ny kunne ta stilling til spørsmålet såfremt arbeidsgiver krever det. Reelle hensyn tilsier at om retten finner grunnlag for avskjed/oppsigelse, må fratreden kunne bestemmes selv om spørsmålet er vurdert annerledes under saksforberedelsen.»

At arbeidsgiver senere har anledning til å fremme ny begjæring synes også å gjelde dersom arbeidstaker tidligere har fått medhold i en begjæring om gjeninntreden etter § 15-11 femte ledd, jf. Rt. 1999 s. 1227. Videre fremgår av Høyesteretts ankeutvalgs avgjørelse i HR-2010-347-U at arbeidsgiver kan fremsette ny begjæring om fratreden også etter at dom er avsagt, og den er eller blir anket.

Annerledes stiller det seg dersom arbeidsgiver har fått medhold i fratredelsesbegjæringen, og arbeidstaker etter dette har måttet fratre. Arbeidstaker vil ikke kunne kreve at spørsmålet blir tatt opp til ny vurdering, jf. Rt. 2000 s. 1158. I Rt. 1992 s. 550 uttales at den faktiske situasjonen for arbeidstaker og arbeidsgiver blir ulik og at det ikke er i strid med likestillingsprinsippet at partene i disse henseender kommer i forskjellig rettslig stilling. Kjæremålsutvalget sluttet seg til lagmannsrettens syn og uttalte at:

«...en arbeidstaker normalt ikke har det samme behov som arbeidsgiveren for å få spørsmålet prøvet på nytt, jfr. at arbeidstakeren vil være vernet ved å kunne få tilkjent erstatning for lønnstap dersom oppsigelsen kjennes usaklig. Han har videre det vern som følger av arbeidsmiljøloven § 62 [nå § 15-12 annet ledd].» (Min tilføyelse)

Hvor kravet blir fremmet på nytt i forbindelse med hovedforhandling, og retten tar stilling til kravet, blir virkningen av dette at avgjørelsen i den nye saken, når den er rettskraftig, erstatter avgjørelsen i den tidligere saken. Det vil da ikke være anledning til å påanke den tidligere avgjørelse, jf. Rt. 1992 s. 267.

Jakhelln har i teorien tatt til orde for at arbeidsgiver også kan få spørsmålet vurdert på ny hvor det fremkommer nye forhold som kan begrunne arbeidstakers fratreden i tiden mellom kjennelsen og hovedforhandlingen.⁹⁸ Dette begrunnes med at fratredelsesbegjæringen skal vurderes etter forholdene når kjennelsen avsies, samt at det er åpnet for at spørsmålet gis ny vurdering under hovedforhandling. Det synes å være en rimelig løsning at arbeidsgiver også i disse tilfellene får en ny vurdering av sitt krav.

⁹⁸ Jakhelln (2006) s. 942

5 Avsluttende bemerkninger

Arbeidstaker er med retten til å stå i stilling gitt et betydelig vern. Arbeidstaker har en ubetinget rett under forhandlingene, og en betinget rett til å fortsette i stilling så lenge oppsigelsessaken verserer for domstolene. Arbeidsgiver kan på sin side kreve at retten ved kjennelse bestemmer at arbeidstaker likevel skal fratre under sakens behandling. Hvorvidt retten vil ta arbeidsgivers begjæring til følge, vil bero på en rekke momenter. Det må foreligge klar interesseovervekt på arbeidsgivers side for at retten skal gi arbeidsgiver medhold.

Med unntak for Sverige er Norge i dag alene i Norden om å ha regler som gir en oppsagt arbeidstaker rett til å fortsette i stillingen mens oppsigelsessaken er til behandling. Etter det jeg har kunnet bringe på det rene, finnes det ikke andre land i Europa med tilsvarende regler.

I den svenske Lag om anställningsskydd er det i § 34 regler som regulerer retten til å fortsette i stillingen så lenge tvist om oppsigelsens gyldighet er under behandling. Det er her en forutsetning at arbeidstaker informerer arbeidsgiver om at gyldigheten av oppsigelsen bestrides. I likhet med norsk rett gis ikke arbeidstaker som kun krever erstatning rett til å fortsette i stillingen. Videre kan det også etter svensk rett besluttes at arbeidsforholdet skal opphøre etter utløpet av oppsigelsestiden, eller ved et senere tidspunkt. En viktig forskjell er imidlertid at arbeidstaker som sies opp grunnet mangel på arbeid, og som er uenig i utvelgelsen av de oppsagte, ikke kan kreve dom for ugyldighet, og derfor heller ikke kan kreve å fortsette i stillingen.⁹⁹ På dette punkt ser det ut til at svensk lovgivende myndighet har vurdert de reelle hensyn på en litt annen måte enn den norske.

Det kan spørres om man i Sverige og Norge i for stor grad har latt hensynet til stillingsvernet gå på bekostning av arbeidsgivers interesser. Ser man på reglene med et kritisk blikk

⁹⁹ Jakhelln (2006) s. 930

kan det anføres at det er lite rimelig at arbeidsgiver må tåle at en oppsagt arbeidstaker skal forbli i sin stilling gjennom sakens behandling. Selv om slike saker skal påskyndes og berammes utenom tur, jf. aml. § 17-1 fjerde ledd, er det i realiteten tale om meget lang tid før saken er rettskraftig avgjort. Til illustrasjon er saksbehandlingstiden i Oslo tingrett og Borgarting lagmannsrett per dags dato innenfor tvistelovens ramme på 6 måneder, jf. § 9-4, bokstav h).¹⁰⁰ Det må trolig påregnes mellom ett og halvannet år før saken er behandlet i lagmannsretten, avhengig av sakens størrelse. For arbeidsgiver vil lønnsutgiftene i denne tiden innebære en betydelig økonomisk belastning som vil kunne bremse utviklingen i virksomheten, og hindre mer lønnsom drift tilpasset markedets utvikling og dagens konkurranse situasjon. Dette gjelder særlig for små og mellomstore bedrifter, samt virksomheter med vanskelig økonomi. Retten til å stå i stillingen vil dermed kunne virke hemmende på næringslivets utvikling og motvirke nødvendig omstilling.

Dagens rettstilstand fremstår, særlig hensett at retten til å stå i stillingen består under ankebehandlingen, etter min mening som lite rimelig. At arbeidstaker som den klare hovedregel fortsatt skal ha rett til å stå i stilling, også hvor den tidligere instans har kommet til at oppsigelsen er gyldig, vil kunne gi lite rimelige resultater. Selv om ankeinstansen kan komme til et annet resultat, vil den tidligere instans avgjørelse ofte bli opprettholdt. Etter en runde i rettssystemet vil dessuten forholdet mellom partene ofte være meget tilspisset. Også forholdet til de øvrige ansatte kan være dårlig. Spesielt gjelder dette hvor arbeidstaker har blitt sagt opp grunnet manglende samarbeidsevne eller lignende. Dette er forhold som etter min oppfatning ikke i tilstrekkelig grad tas hensyn til etter dagens regler. Etter dette kan det spørres om det bør vurderes alternative løsninger, som på en mer balansert måte kan ivareta hensynet til både arbeidsgiver og arbeidstaker.

Ett alternativ kan være at hovedregelen snus i ankeomgangen, slik at arbeidstaker som taper i tingretten må kreve rettens kjennelse for å få stå i stilling under sakens behandling for

¹⁰⁰ Opplysninger innhentet etter samtale med representanter fra begge instanser 22.03.2013.

lagmannsretten. Dette var den opprinnelige ordningen da 2005-loven ble vedtatt, men loven ble endret før ikrafttredelse, jf. punkt 1.3. I ankeomgangen vil arbeidstaker da likestilles med arbeidstakere som reiser søksmål om gyldigheten av oppsigelse i prøvetiden, om ugyldig avskjed etc., jf. aml. § 15-11 tredje ledd. Med dette vil de økonomiske konsekvenser for arbeidsgiver bli mer forutberegnelige, samt at kostnadene reduseres. Ofte vil ankeinstansen komme til samme resultat som underinstansen, og det fremstår dermed det som lite rimelig at arbeidsgiver skal måtte tåle at arbeidstaker står i stillingen også etter at saken har blitt realitetsbehandlet i underinstansen.¹⁰¹ Arbeidstaker vil i alle tilfeller kunne kreve erstatning dersom retten skulle komme til at oppsigelsen var ugyldig, og lider således ikke økonomisk last under en slik regel.

Et annet alternativ kan være at arbeidstaker beholder retten til lønn utover oppsigelsestiden, men plikter å fratre ved endt oppsigelsestid, såkalt «Garden Leave». I praksis benyttes «Garden Leave» for å forhindre at arbeidstaker med tilgang til sensitiv informasjon starter eller går over til konkurrerende virksomhet en viss tid etter oppsigelsen. En slik løsning kan tenkes å være aktuelt for stillinger som krever et skjerpet tillitsforhold, og hvor oppsigelsen skyldes arbeidstaker. Eksempelvis vil dette kunne gjelde ansatte i ledende stillinger. Med en slik løsning vil riktignok ikke lønnsutgiftene for arbeidsgiver reduseres, men problemene ved å opprettholde arbeidsforholdet til arbeidstaker i ledende stilling avhjelpes. Arbeidstaker får på sin side vernet sitt lønnskrav.

En annen løsning kan være å beholde dagens ordning, men med større adgang for domstolene til å vektlegge arbeidsgivers økonomi i helhetsvurderingen. En slik løsning kan være

¹⁰¹Høyesterett har i Rt. 1992 s. 550 akseptert en forskjell mellom partene hva angår mulighetene til å fremme anke over kjennelse som avgjør fratredeesspørsmålet. Hvor arbeidsgiver har fått medhold i fratredeessbegjæringen, gis arbeidstaker ikke mulighet til å påanke kjennelsen, ettersom arbeidstaker gjennom erstatningsreglene allerede nyter tilstrekkelig vern. Et tilsvarende vern av sine interesser har ikke arbeidsgiver, og dermed er behovet for overprøving sterkere på arbeidsgiversiden. Disse synspunkter kan overføres til retten til å stå i stilling som sådan.

adskillig bedre for små og mellomstore bedrifter, og virksomheter med vanskelig økonomi. I alle tilfeller vil den hemmende virkning på bedriftenes markedstilpasning avhjelpes noe. Fortsatt vil det være tale om en helhetsvurdering hvor også arbeidstakers forhold inngår i vurderingen, men det åpnes for at arbeidsgivers økonomiske forhold lettere vil kunne føre til at kravet til klar interesseovervekt er oppfylt. Et beslektet alternativ kan være å endre kravet til klar interesseovervekt, slik at det kun kreves interesseovervekt.

Videre kan dagens rettslige utgangspunkt opprettholdes, men med krav om at domstolene skal gjennomføre hovedforhandling raskere enn i dag. Dette kan tenkes løst med en skjerpet plikt til å beramme slike saker utenom tur. Med denne løsningen vil lønnsutgiftene for arbeidsgiver kunne reduseres, samtidig som arbeidstaker har sine rettigheter i behold. Det vil videre være i begge parter interesse at saken blir løst raskere enn hva som er vanlig i dag. Hvorvidt en slik løsning i praksis lar seg gjennomføre beror på kapasiteten i domstolsapparatet.

Ytterligere et alternativ er at hovedregelen om retten til å stå i stilling oppheves og erstattes av en (motsatt) regel om at arbeidstaker kan kreve rettens beslutning for å stå i stilling etter at forhandlingene er sluttført. Det kan tenkes at dette vil innebære en større belastning på domstolsapparatet enn i dag. En slik løsning vil stille større krav til effektivitet i domstolene, ettersom arbeidstakers krav bør behandles relativt raskt slik at den ansatte kan tre inn i stillingen etter kort tid. Denne ordningen vil være mer rimelig for arbeidsgiver ettersom arbeidsgivers interesser blir bedre ivaretatt, herunder at den økonomiske belastning vil bli betydelig redusert. Imidlertid vil vernet av arbeidstaker svekkes noe, men arbeidstaker vil fortsatt kunne reise krav om erstatning dersom oppsigelsen skulle være ugyldig. I likhet med hva som gjelder i dag, vil et moment i rettens vurdering av om arbeidstaker skal fortsette i stillingen, være sakens sannsynlige utfall. Arbeidsgiver må således fortsatt sørge for at oppsigelsen er saklig.

Endelig kan man tenke seg at reglene om retten til å stå i stilling oppheves, slik at norsk rett legges tettere opp til rettsstilstanden i de fleste europeiske land. Denne løsningen kan føre til

flere urettmessige oppsigelser, siden arbeidsgiver ikke risikerer annet enn erstatningsansvar for arbeidstakers lønnskrav. På den annen side kan erstatningsbeløpene ved ugyldig oppsigelse bli høyere da arbeidstakers lønnskrav vil være større hvor fratreden kan kreves allerede etter endt oppsigelsestid. Videre vil en mulig konsekvens være at eventuelle sluttpakker kan bli lavere. Hvor arbeidstaker har rett til å stå i stilling, utgjør denne retten i praksis et sterkt forhandlingskort. Arbeidstaker kan forhandle seg frem til høye sluttpakker mot fratreden. Uten retten til å stå i stilling mister arbeidstaker denne fordelene i forhandlingssituasjoner med arbeidsgiver.

Jeg mener at arbeidstaker i dag nyter et for sterkt vern ved retten til å stå i stilling under sakens behandling. Intensjonen med reglene har vært å styrke arbeidstakers stillingsvern. I praksis har dette vernet i for stor grad gått på bekostning av arbeidsgivers og næringslivets interesser. Som følge av stadige endringer i samfunnet gjennom sterk internasjonalisering, herunder innflytelse fra EU, og økende internasjonal konkurranse, stilles nå større krav til mer effektiv drift og raskere omstilling i næringslivet. Reglene om retten til å stå i stilling bør derfor etter mitt syn endres for å tilpasses dagens situasjon. Det kan tenkes flere alternative løsninger til dagens ordning. Disse løsningene kan på ulike måter skape bedre balanse mellom partene i arbeidslivet gjennom at begge parter interesser på en bedre måte blir ivare tatt.

Litteraturliste

Lovregister

- 1918 Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr. 4
- 1915 Lov om domstolene (domstolloven) av 13.august 1915
- 1936 Lov om arbeidervern (arbeidervernloven) av 19.juni 1936
- 1956 Lov om arbeidervern (arbeidervernloven) av 7.desember 1956
- 1977 Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (arbeidsmiljøloven) av 4.februar 1977
- 1983 Lov om statens tjenestemenn m.m. (tjenestemannsloven) av 04. mars 1983
- 1992 Lov om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven) av 26. juni 1992
- 2004 Lov om voldgift (voldgiftsloven) av 14.mai 2004
- 2005 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr.62
- 2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17.juni 2005

Utenlandske lover

Lag om anställningsskydd (1982:80) [Sverige]

Traktater

EMK. Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 1950

Forarbeider

NOU:

NOU-2001-32A. Rett på sak, Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget

Odelstingsproposisjoner:

Ot.prp.nr.41 (1975-1976) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø

Ot.prp.nr.50 (1993-1994)	(endringslov) Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v
Ot.prp.nr.49 (2004-2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
Ot.prp. nr. 24 (2005-2006)	Om lov om endringer i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
Ot.prp.nr.51 (2004-2005)	Mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
Ot.prp.nr.54 (2008-2009)	(endringslov) Arbeidsmiljøloven (likestilling av arbeidstiden for skift- og turnusarbeidere mv.)

Rettsavgjørelser

Høyesterett:

Rt. 1982 s. 1704	Rt. 1993 s. 908
Rt. 1983 s. 1558	Rt. 1993 s. 1096
Rt. 1984 s. 400	Rt. 1994 s. 639
Rt. 1985 s. 412	Rt. 1995 s. 555
Rt. 1986 s. 722	Rt. 1996 s. 812
Rt. 1987 s. 117	Rt. 1997 s. 1425
Rt. 1987 s. 692	Rt. 1997 s. 1941
Rt. 1987 s. 1151	Rt. 1999 s. 1158
Rt. 1988 s. 583	Rt. 1999 s. 1227
Rt. 1988 s. 783	Rt. 1999 s. 1998
Rt. 1988 s. 1418	Rt. 2000 s. 525
Rt. 1989 s. 225	Rt. 2000 s. 739
Rt. 1989 s. 361	Rt. 2000 s. 1158
Rt. 1989 s. 1041	Rt. 2000 s. 1256
Rt. 1990 s. 908	Rt. 2000 s. 1958
Rt. 1990 s. 1126	Rt. 2002 s. 712
Rt. 1991 s. 330	Rt. 2003 s. 385

Rt. 1991 s. 1382

Rt. 1992 s. 267

Rt. 1992 s. 550

Rt. 1992 s. 776

Rt. 1992 s. 1482

Rt. 1992 s. 1547

Rt. 1992 s. 1681

Rt. 1992 s. 1688

Rt. 2004 s. 1413

Rt. 2005 s. 646

Rt. 2007 s. 459

Rt. 2009 s. 179

Rt. 2009 s. 1183

Rt. 2011 s. 74

Rt. 2011 s. 974

Upubliserte avgjørelser:

HR-2010-347-U

Lagmannsrettene:

RG. 2006 s. 1648

Upubliserte avgjørelser:

LH-2002-518

LG-2002-2343

LA-2002-1975

LB-2002-3586

LA-2003-786

LB-2006-135476-1

LB-2008-50901

LE-2008-181467

LG-2009-31128-1

LB-2009-64805

LA-2009-189766

LB-2010-152755

LB-2011-41034

Litteratur

Evju, Stein og Jakhelln, Henning m.fl. *Arbeidsrettslige emner*. Oslo 1988

Fanebust, Arne. *Oppsigelse i arbeidsforhold. Krav om «saklig grunn». Forhandlings- og søksmålsordningen. Sanksjonssystemet*. 4.utg. Oslo 2001.

Jakhelln, Henning og Aune, Helga. *arbeidsrett.no Kommentarer til arbeidsmiljøloven*, 2 utg. Oslo 2006.

Fougner, Jan og Holo, Lars. *Arbeidsmiljøloven. Kommentarutgave*. Oslo 2006.

Dege, Jan Tormod. *Den individuelle arbeidsrett, del II*, Oslo 2009.

Twisteloven. Kommentarutgave, Bind I Schei, Tore...[et.al.]. Oslo 2007

Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten* 4.utg. Oslo 2010.

Omstilling og nedbemanning. Fougner, Jan...[et al.]. 2.utg, Oslo 2011.

Johansen, Atle Sønsteli og Stueland, Einar. *Arbeidsmiljøloven. Kommentarer og praksis*. Oslo 2011.

Storeng Nils, Beck Tom og Lund Arve Due, *Arbeidslivets spilleregler*, 2.utg. Oslo 2011.

Aagaard Erik C., Melsom Nina og Weltzien Kurt, *Bedriftenes personalhåndbok, Rett og plikt i arbeidsforhold*, 8. utg. Oslo 2012.

Artikler

Evju, Stein. *Retten til å stå i stillingen I: Lov og rett*. 1980, s. 342-357.

Bender, Hans Jørgen. *Retten til å utføre arbeid i oppsigelsestiden I: Arbeidsrett*. 03-04/2011, s. 120-129

Nettdokumenter

Dalheim, Tron. *Kommentar til arbeidsmiljøloven*, Gyldendal rettsdata, rettsdata.no [sitert 04.02.2013].

Øverberg, Ole Kristen. *Kommentarer til arbeidsmiljøloven*. arbeidsrett.no [sitert 18.03.2013]